

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

**A ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB O ENFOQUE
GARANTISTA**

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

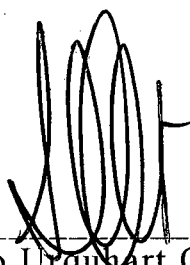
Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, sob a orientação do professor Dr. Sérgio Urquhart Cademartori.

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB O ENFOQUE
GARANTISTA**

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO



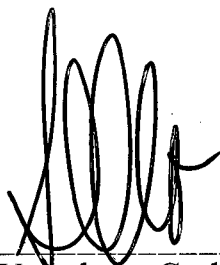
Dr. Sérgio Urquhart Cademartori
Professor Orientador

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

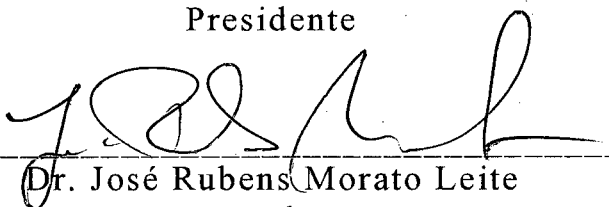
FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

**A ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB O ENFOQUE
GARANTISTA**

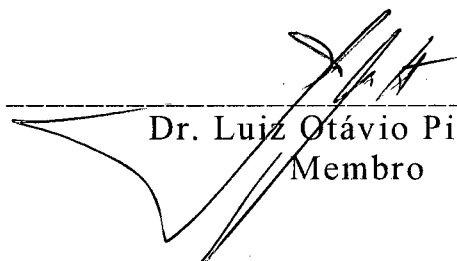
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção
do grau de MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina com a seguinte
Banca Examinadora:



Dr. Sérgio Urquhart Cademartori
Presidente



Dr. José Rubens Morato Leite
Membro



Dr. Luiz Otávio Pimentel
Membro

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

Dedico

A Francisco e Marília, queridos pais;

A Laís, amiga, companheira e esposa;

*A Sofia e Marina, motivo de orgulho a cada
dia que passa...*

*Nas multidões emocionadas e mesmo numa nação em certos momentos, parece que há um nexo universal das almas, uma espécie de grande corrente moral que as liga. Presso a essa corrente, o indivíduo desaparece, a consciência da personalidade como que se transforma, para incorporar-se – reduzida a um simples impulso – ao torvelinho misterioso do **anima turbae** – avalanche para as voragens. No meio da multidão que aplaude ou que protesta, tua alma há de sentir-se dominada e aplaudirá ou protestará também... mesmo sem saber por que protesta ou por que aplaude...*

AGRADECIMENTO

A meus pais, Francisco e Marília, que sempre procuraram mostrar o caminho do estudo e do trabalho como meio de realização pessoal e profissional;

A minha esposa Laís, amiga de todos os momentos, pelo estímulo na realização deste trabalho, e compreensão pelas horas de convívio roubadas, igualmente subtraídas de minhas filhas Sofia e Marina;

Ao amigo e orientador Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori, pela atenção dispensada nos momentos de realização deste estudo;

Aos amigos e colegas Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Prof. Dra. Aldaci Rachid Coutinho, Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel e Prof. Mestrando Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva, decisivos na coleta do material, discussão do tema escolhido e incentivo para a sua realização.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar um dos pontos daquele que vem a ser o principal dos atos da atividade jurisdicional, qual seja, a fundamentação das sentenças, produto final da máquina judiciária. Partindo das razões que determinaram a separação das funções do Estado, dos modelos de motivação propostos por quatro dos mais importantes estudiosos da teoria geral do direito (Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin) e, passando, ainda, pelas declarações de direitos cada vez maiores, especialmente em função do advento do Estado Social, acaba-se por desaguar na “teoria geral do garantismo”, proposta por Luigi Ferrajoli, para quem os direitos fundamentais devem servir como parâmetro da atividade do juiz, determinando seu apego apenas a eles, e não à normas legais que os contrariem, ainda que indiretamente.

ABSTRACT

The present work has for objective to analyze one of the points of that that comes to be the main of the acts of the activity jurisdictional, which is, the fundamentação of the sentences, final product of the judiciary machine. Leaving of the reasons that determined the separation of the functions of the State, of the motivation models proposed by four of the most important specialists of the general theory of the right (Kelsen, Bobbio, Hart and Dworkin) and, passing, still, for the declarations of rights every larger time, especially in function of the coming of the Social State, he/she finishes for draining in the “general theory of the garantismo”, proposed by Luigi Ferrajoli, for who the fundamental rights should be good as parameter of the judge's activity, just determining its attachment to them, and not to legal norms that thwart them, although indirectly.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
 CAPÍTULO I. A ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO ATO POLÍTICO.....	 5
1.1. A Tripartição dos Poderes e a Função Jurisdicional	5
1.2. Meios de Interpretação/Fundamentação e o Questionamento da Liberdade no Decidir (Escola da Exegese, Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin).....	9
1.3. As Vinculações Políticas da Decisão Judicial e a Constituição como Limite.....	41
 CAPÍTULO II. OS DIREITOS DECLARADOS E A SUA EFETIVIDADE	 55
2.1. Declarar Direitos: Uma Nova Prática	55
2.2. A Declaração de Direitos e o Estado Democrático	56
2.3. Os Direitos Fundamentais e Sua Inserção nas Constituições	60
2.4. O Quadro Constitucional Brasileiro: Uma Carta do Estado Social Repleta de Direitos	69
2.5. O Problema da Efetividade das Normas Constitucionais.....	77
 CAPÍTULO III. O GARANTISMO COMO RESPOSTA.....	 88
3.1. Teoria Geral e Base para Surgimento	88

3.2. Três Concepções da Palavra ‘Garantismo’	95
3.2.1. Primeira Concepção: Um Modelo Normativo de Direito	95
3.2.2. Segunda Concepção: Uma Teoria Jurídica da Validade, da Efetividade e da Vigência das Normas.....	100
3.2.3. Terceira Concepção: Uma Doutrina Filosófica-Política	103
3.3. O Papel do Juiz Sob a Ótica Garantista	104
3.4. Os Direitos Fundamentais Como Parâmetro: A Identificação Segundo Ferrajoli	108

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
---------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118
---------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Segundo a clássica tripartição das funções do Estado, cabe ao Poder Judiciário aquela chamada de jurisdicional, ou seja, a de resolver os conflitos que emergem da sociedade, harmonizando as relações nela existentes, valendo-se para tanto dos juízes, os quais são recrutados perante a sociedade e investidos de poder para “dizer o direito”.

O desenvolvimento desta atividade tem chamado a atenção de diversos doutrinadores ao longo dos anos, vez que várias as formas e métodos pelo quais se pode desenvolvê-la, que vão desde a estrita observância do texto legal até aquelas que não lhes dão valor absoluto, relativizando sua força na solução de litígios.

Registre-se que a idéia da tripartição das funções do Estado como forma de fugir do absolutismo veio acompanhada de outra, a de que é possível reduzir o direito ao que é dito pelo legislador através de sua atividade, já que o resultado (a lei) é o extrato da decisão do povo inteiro, manifestada através da vontade geral, donde não poderia jamais ser injusta.

Ambas possuem o mesmo objetivo: fugir da vontade de um só, fazendo imperar a liberdade política do povo.

Especificamente em relação à atividade jurisdicional, o resultado disso foi a adoção de uma fórmula por demais utilizada nos Estados que adotaram o modelo decorrente da Revolução Francesa – que abrigou os autores intelectuais da junção das idéias de Montesquieu e Rousseau – a qual reduz o juiz a um papel de mero “boca da lei”, com sua atividade calcada apenas na subsunção dos fatos ao texto legal previa e genericamente editado pelos demais poderes.

Por esta visão não lhe cabe perquirir os critérios de justiça, vez que estes se encontram implícitos diante da chamada “vontade geral”.

Contudo, percebe-se que este modelo foi forjado em um momento histórico com características que não estão mais presentes, sendo que o grau de participação popular vive um momento completamente diverso daquele sob o qual surgiram tais idéias.

O modelo de Estado à época reinante – o liberal – deu lugar a outro, qual seja, o Estado Social, onde o clamor não era mais o de liberdade política, mas sim o de liberdade econômica, impondo ao Estado prestações positivas, além, é claro, daquelas negativas já fornecidas pelo liberalismo até então único e absoluto.

Um dos resultados mais marcantes foi o de impor uma nova função aos textos legislativos, aqui compreendidos *latu sensu*: o de declarar direitos sociais, impondo ao Estado o dever de atender às necessidades básicas e fundamentais do homem, provocando o que se pode identificar como uma nova postulação ao poder judiciário: efetivar estes direitos que agora também passavam a ser declarados.

Oferecer a possibilidade de uma nova postura é a preocupação deste trabalho, que utilizando-se do método indutivo, procura responder a algumas das mais frequentes indagações que permeiam a atividade jurisdicional: qual o papel efetivamente reservado ao juiz? Como deve ele decidir? Há necessidade de respeito total à lei, ou não? Há liberdade para decidir fora dela? Se sim, quais os parâmetros?

Para responder a estas indagações, inicia-se o trabalho com a exploração das idéias que circundam a formação dos Estados contemporâneos, os modelos de interpretação (e conseqüente aplicação do direito) das normas legais na visão de quatro dos mais expressivos teóricos do positivismo, até a busca das razões políticas do ato de julgar (se existem) e a idéia de que a constituição é um parâmetro a ser utilizado.

Em um segundo momento, adentra-se à questão do reconhecimento de direitos em cartas constitucionais e sua constante ampliação, a identificação deste modelo com o da atual Constituição

Brasileira e a questão da efetivação destes direitos, vez que declará-los deixou de ser um problema.

Por fim, na terceira e última parte, a investigação ocorre a partir das idéias de Luigi Ferrajoli, membro da magistratura italiana já aposentado e professor da Universidade de Camerino (Itália), especialmente em como elas podem servir de ferramental ao magistrado no momento de decidir, buscando a validade não só formal do texto, mas também substancial (material), tendo como parâmetro os direitos fundamentais do homem reconhecidos no Estado Constitucional de Direito.

CAPÍTULO I

A ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO ATO POLÍTICO

1.1. A Tripartição dos Poderes e a Função Jurisdicional

Uma das preocupações mais latentes do homem ao longo de sua conhecida trajetória na história é o poder, que pode ser conceituado como *uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada*¹. Sua conformação, seu modo de exercício e amplitude geraram diversas formulações, podendo-se dizer que, delimitado o campo de exame à esfera do político, e não a sua compreensão como elemento social, das tentativas sempre resultou alguma forma de estado: primeiro o liberal, depois o social e, mais recentemente, o modelo neoliberal.

Em relação ao primeiro, que é o que efetivamente nos interessa no momento, identifica-se um movimento originário, a Revolução Francesa que, ocorrida em 1789, *de natureza universal e*

¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, 183 p.

*indestrutível nos seus efeitos, porquanto entendem estes com a natureza mesma do ser humano, aquela comoção revolucionária produz até hoje correntes de pensamento que transformam ou tendem a transformar a Sociedade Moderna*².

Tal afirmação ganha força ao se constatar que foi em decorrência dela que o mundo conheceu uma das formulações teóricas de maior consistência e que, mesmo mais de duzentos anos após, ainda resta inabalável na maioria das cartas constitucionais: a tripartição de poderes.

É o que exsurge do próprio artigo 16 da “Declaração dos Direitos do Homem”, datada de 26 de agosto de 1789, onde consta que *toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui constituição*³. Tal foi repetido na Constituição Francesa de 1791, já tendo freqüentado a Constituição da Virgínia, de 1776, a de Massachusetts, de 1780, e a Constituição Federal Americana de 1787.

Resultado da teorização feita por Charles de Montesquieu, em sua obra “*De L’Esprit des Lois*”, teve como base o pensamento de John Locke, exposto em outra obra intitulada “*Essay on civil*

² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros. 1996, p. 30.

³ CLÉVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. do livro *Atividade Legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

government”, baseada na experiência política inglesa, afirmando BONAVIDES que:

*Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que se não confundem*⁴.

Esta era uma fórmula para resolver a ausência de liberdade política da época, principal problema a ser solucionado, decorrente de uma visão negativa e limitada que se tinha do Estado, fruto do absolutismo até então reinante, bem retratado na célebre frase de Luiz XIV: “*L'état c'est moi*”.

Ensina BONAVIDES:

*A lição dos povos que padeceram os abusos do absolutismo explica, por conseguinte, a elaboração daquela técnica sedutora que imperou, por mais de século, no constitucionalismo clássico. Devemos entendê-la, pois, como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política. Visceralmente antagônico à concentração de poder, foi, portanto, princípio fecundo de que se serviu para a proteção da liberdade o constitucionalismo moderno, ao fundar, com o Estado jurídico, o governo da lei, e não o governo dos homens, ou seja, a government of law and not a government of men, conforme asseverou judiciosamente, numa locução já histórica, o insigne Jonh Adams, dissertando acerca da Constituição Americana*⁵.

⁴ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 49.

⁵ BONAVIDES, P. *Idem*, p. 72.

A esse respeito, afirma CLÈVE que uma das características da idéia de Estado moderno foi a concentração de poderes, que na sociedade política feudal encontravam-se divididos em pequenas dimensões, sendo que a concentração deles nas mãos do príncipe foi o que deu origem ao Estado absoluto.

Mais adiante prossegue:

A proposta dos pensadores oitocentistas não era de, mais uma vez, atomizar o poder político, mediante a eventual destruição do aparato estatal. O Estado consiste, para esses pensadores, num mal. Mas num mal necessário. A proposta do Estado Constitucional era a de limitar o poder político, mantendo-o concentrado. E isto ocorreria da seguinte forma: primeiro, tratava-se de organizar o espaço político de tal maneira que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder. Aqui reside o núcleo de teorização conducente à separação dos poderes; depois, deslocando a soberania das mãos do monarca para as mãos do povo ou da nação⁶.

Este o modelo de Estado liberal que resultou da Revolução Francesa e que acabou por universalizar o princípio da tripartição dos poderes, presente em nosso texto constitucional desde a primeira das cartas (1824) com a inovação do poder moderador, e após 1889 – com o advento da Proclamação da República – de forma pura e dentro do modelo até hoje conhecido.

Da adoção deste sistema, por evidente, decorre uma série de conseqüências para o mundo jurídico, e atento ao objeto deste

⁶ CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 30.

estudo, especialmente no tocante ao tipo de atividade que deveria ser desenvolvida pelo Poder Judiciário. O que caberia a ele? Como deveria decidir? Haveria necessidade de estrito respeito à lei, ou não? Teria o juiz liberdade para decidir fora dela?

1.2. Meios de Interpretação/Fundamentação e o Questionamento da Liberdade no Decidir (Escola da Exegese, Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin)

As respostas a estas indagações foram (e são) muitas, especialmente a partir da inserção de uma regra na Constituinte Francesa de 1790, título V, art. 15, a qual rezava que “os motivos que tiverem determinado a sentença serão expressos”, o que se constituía, como afirma PERELMAN, em uma clara tentativa de *submeter os juízes, por demais independentes, à vontade da nação, ou seja, à vontade do legislador que a encarna*⁷.

Daí para o surgimento, na própria França revolucionária, da chamada “Escola da Exegese” foi um curto passo, a qual *pretendia realizar o objetivo que se propuseram os homens da Revolução, reduzir o direito à lei, de modo mais particular, o direito civil ao Código de Napoleão*⁸.

⁷ PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 562.

⁸ PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 31.

É o império do positivismo, afirmando Plauto Azevedo que:

vitoriosa a Revolução Francesa, a Burguesia, depois de ascender defendendo o direito natural, foi constrangida a abandoná-lo, para consolidar seu poder. O caráter 'descobridor', revolucionário, deste, foi substituído pelo signo da lei, em particular do Código Civil de 1804, visto em perspectiva fixista, pretendendo-se que a legislação havia recolhido a mensagem do direito natural, despojado, é bem de ver, de seu fermento inovador⁹.

Nessa linha prossegue PERELMAN:

Essa concepção fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as conseqüências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora¹⁰.

Funciona, apenas e tão somente, como a razão, presa que está aos desígnios da vontade popular expressada através do texto legal.

Há uma limitação da atividade do julgador, que fica restrito à aplicação da lei posta, situação que se conduz a uma visão

⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.13.

¹⁰ PERELMAN, C. **Lógica Jurídica: nova retórica**. p. 32.

extremamente legalista, não se esquecendo que *a passividade do juiz satisfaz nossa necessidade de segurança jurídica*¹¹. É como se ele tomasse parte em:

*uma operação de natureza impessoal, que lhe permitirá pesar as pretensões das partes, a gravidade dos delitos etc... Mas, para que a pesagem seja feita de modo imparcial, desprovida de paixão – o que quer dizer, sem temor, sem ódio e também sem piedade –, é necessário que a justiça tenha os olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz: dura lex, sede lex. Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranquilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime. Isso nos daria a idéia de que não estamos à mercê dos homens, mas ao abrigo de instituições, relativamente impessoais*¹².

Ora, pela leitura da última parte deste trecho, percebe-se claramente as razões que levaram os teóricos da época a pensar o sistema da forma como descrito, restringindo o papel do juiz a uma mero “boca da lei”, que decide mediante uma simples operação de silogismo: premissa maior, premissa menor e conclusão, sendo a lei a primeira, os fatos a segunda e a sentença, por fim, a terceira.

Ao lado deste enfoque da atividade do juiz, havia a necessidade de um sistema normativo infalível e que efetivamente pudesse reproduzir todas as hipóteses, reduzindo em uma entidade suprema, a lei, o que se compreendesse por direito. É bem verdade

¹¹ PERELMAN, C. *Lógica Jurídica: nova retórica*. p. 32.

¹² PERELMAN, C. *Idem*, p. 33.

que, excluída a Idade Média, ela sempre esteve presente na vida do homem em sociedade, como bem aponta ENTERRÍA:

El mito de los grandes legisladores, que habrían liberado o configurado a sus pueblos, ha existido siempre: Moisés, Numa, Solón, Licurgo. Pero se trataba de leyes lacónicas, retenibles en la memoria del pueblo, leyes que habían acertado a preservar en un punto sensible el alma o el espíritu de una comunidad, y cuyo recuerdo se mantuvo por ello completo en la memoria de ésta. Nada parecido a lo que se llamaron Códigos en ulteriores épocas. Los Emperadores Romanos inundaron su Imperio de leyes y novelas, que, sin embargo, coexistieron con la concepción del Derecho de la época clásica como el conjunto sutil de reglas y principios destilados sobre todo a través de las respuesta de los grandes juristas. Filósofos como Platón escribieron libros con el título de Las Leyes. Los teólogos cristianos repetían un tratado tópico, De Legibus, donde intentaban enraizar el orden temporal con las leyes eternas configuradas por Dios como pauta del destino del hombre. Pero había ocurrido que, de hecho, la Edad Media había perdido la idea de la Ley como una regulación general y sistemática; Los Reyes y los príncipes acordaban fueros, rescriptos, privilegios, pero nunca imaginaron (quizás con la excepción del Emperador Federico II, en el siglo XIII, en empeño vano) ordenar su reino en una malla de leyes sistemáticas y completas¹³.

Com a Revolução Francesa e as idéias de Rousseau, expostas em sua obra “*Le Contrat Social*”, a compreensão do que era a lei apenas ganhou novos contornos, já que foi a partir dele que se firmou o pensamento de que, *La Ley es la decisión del pueblo entero (voluntad general), decidiendo sobre el pueblo entero, por medio – y*

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, España: Civitas Ediciones, S. L., 1999, p. 18.

*esto es igualmente esencial – de normas generales y comunes*¹⁴ e assim, por ser fruto da vontade geral, não há como a lei ser injusta, o que representa, nada mais, nada menos, que *desterrar para siempre del mundo la posibilidad de una Ley opresora o injusta. Todas las leyes serán, por virtud de esa técnica, Leyes de libertad*¹⁵.

Esta “simples” forma é a base do pensamento e da supremacia lei, com fortes reflexos na compreensão do papel a ser desenvolvido pelo Poder Legislativo, que passará a ser *ese poder mágico que rectificaría todas las iniquidades de la historia y del que surgiría el hombre nuevo, gobernado sólo por la libertad*¹⁶.

Estabelece-se o “reino da lei”, para o qual igualmente necessário seria a compreensão de que:

*o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade*¹⁷.

A esse respeito, assevera PERELMAN:

Ora, o artigo 4 do Código de Napoleão, ao proclamar que o juiz não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, obriga-o a tratar o sistema de direito como completo, sem lacunas, como coerente, sem antinomias e como claro, sem ambigüidades que dêem azo a interpretações diversas. Somente

¹⁴ ENTERRÍA, E. G. *op. cit.*, p. 24.

¹⁵ ENTERRÍA, E. G. *Idem*, p. 25.

¹⁶ ENTERRÍA, E. G. *Idem*, p. 32.

¹⁷ PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. p. 34.

diante de um sistema assim é que o papel do juiz seria conforme à missão que lhe cabe, a de determinar os fatos do processo e daí extrair as consequências jurídicas que se impõem, sem colaborar ele próprio na elaboração da lei. Foi nessa perspectiva que os juristas da escola da exegese se empenharam em seu trabalho, procurando limitar o papel do juiz ao estabelecimento dos fatos e à sua subsunção sob os termos da lei¹⁸.

Consolidando-se este pensamento a respeito da atividade do juiz, o próximo passo foi dado com Hans Kelsen e sua “Teoria Pura do Direito”, a qual tinha por objetivo *elaborar uma ciência jurídica tão sólida quanto o pareciam ser as ciências naturais¹⁹*, podendo-se iniciar a análise de seu trabalho pela distinção que fez entre dois tipos de sistema em que podem ser divididos os ordenamentos normativos: um chamado estático e outro chamado dinâmico.

O primeiro (estático) *é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico²⁰.*

O segundo (dinâmico) *é aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade*

¹⁸ PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 34.

¹⁹ AZEVEDO, P. F. *op. cit.*, p. 15.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 71.

*que as colocou*²¹, asseverando mais adiante que *pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas formal.*

Extremamente adequado se mostra o exemplo trazido por BOBBIO para ilustrar a situação:

*Um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: 'Por quê?' Se o pai responde: 'Porque deves aprender', a justificação tende à construção de um sistema estático; se responder: 'Porque deves obedecer a teu pai', a justificação tende a construir um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: 'Por que devo aprender?' A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: 'Porque precisas ser aprovado'. No segundo caso perguntará: 'Por que devo obedecer a meu pai?' A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: 'Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado'. Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição; no segundo caso, através da autoridade que a colocou*²².

Para Kelsen, o sistema normativo é do tipo deste último, ou seja, dinâmico, onde *o ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de conteúdo*²³.

²¹ BOBBIO, N. *op. cit.*, p. 72.

²² BOBBIO, N. *Idem*, p. 73.

²³ BOBBIO, N. *Idem*, *ibidem*.

Isto porque, como ele mesmo diz em sua obra “*Teoria Pura do Direito*”²⁴, a idéia de validade está ligada à de vinculação do indivíduo àquela conduta. Ou seja, deverá ele se conduzir do modo como prescrito pela lei. Contudo, à indagação de porque deverá ele se conduzir como prescrito pela lei,

*não poderá ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim, como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma*²⁵.

Mais adiante explica:

*O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas*²⁶.

Eis o fundamento da diferenciação antes abordada e a justificativa da separação entre sistema estático e dinâmico, considerando o sistema jurídico como este último, já que:

o tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por

²⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁵ Kelsen, H. Idem, p. 215.

²⁶ Kelsen, H. Idem, p. 217.

*conteúdo senão a instituição de uma fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental*²⁷.

Melhor explicando:

*O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem um caráter essencialmente dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica*²⁸.

Ainda no tocante à validade, agora com realce na sua relação com a vigência, KELSEN identifica os dois extremos dos pensamentos a respeito da matéria, chamando de “teoria idealista” aquela que sustenta, sendo a validade entendida como um dever-ser e a eficácia como um ser, não há qualquer conexão entre elas, já que a validade do direito independe de sua eficácia. Na outra ponta, identifica a “teoria realista”, a qual advoga a idéia de que a validade do direito está vinculada à sua eficácia. As duas são por ele rejeitadas, a saber: a primeira pelo fato de ser inegável que, uma ordem jurídica

²⁷ KELSEN, H. *op. cit.*, p. 219.

²⁸ KELSEN, H. *Idem*, p. 221.

ou uma norma jurídica, perdem validade quando deixam de ser eficazes e, ainda, porque existe sim uma relação entre o dever-ser da norma e o ser da realidade natural, *já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser)*; Quanto à segunda, sustenta ele ser igualmente falsa em face da existência de inúmeros casos nos quais as normas jurídicas *são consideradas como válidas se bem que não sejam, ou não sejam ainda, eficazes*²⁹.

À vista disso, conclui:

*A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade do dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes*³⁰.

Em outras palavras, da mesma forma que há separação entre o *dever-ser* e o *ser*, a validade do *dever-ser* não se identifica com a eficácia no campo do *ser*. A eficácia para Kelsen, assim como o ato que estabelece a norma, é condição de validade. Isto sob certo aspecto, já que tem ele como verdadeiro que tais normas deixarão de

²⁹ Kelsen, H. *op. cit.*, p. 235-6.

³⁰ Kelsen, H. *Idem*, p. 236.

ser válidas se deixarem de ser eficazes, explicando mais à frente que:

*a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes*³¹.

Neste pensamento, temos duas situações ligadas ao mesmo ponto, na medida em que é na norma fundamental que se busca a condição de validade e onde igualmente se encontrará a condição de eficácia, já que:

*as normas de uma ordem jurídica valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência)*³².

Especificamente em relação à atividade desenvolvida pelo juiz, KELSEN trata do problema inicialmente de forma ampla, conceituando interpretação como uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um

³¹ KELSEN, H. *op. cit.*, p. 236.

³² KELSEN, H. *Idem*, p. 237.

*escalão superior para um escalão inferior*³³, ressaltando que existem duas formas de interpretação do Direito: 1) aquela feita pelo órgão que o aplica e, 2) aquela que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.

Tomando em consideração apenas a primeira das hipóteses (órgão aplicador do direito), KELSEN aponta a existência de uma relativa indeterminação no ato de aplicação do direito, já que:

*A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer*³⁴.

Em suma: todo ato jurídico em que o direito é aplicado será em parte determinado pelo próprio direito e, em parte, indeterminado, a qual poderá dizer respeito tanto ao fato condicionante como à consequência condicionada.

Tal situação, prossegue KELSEN, poderá ser não intencional e resultado da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada ao ato em questão, o que se explica pelo simples fato de que *o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de*

³³ KELSEN, H. *op. cit.*, p. 238.

³⁴ KELSEN, H. *Idem*, p. 388.

*aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis*³⁵. Além disso, ressalta o mestre de Viena, a indeterminação também poderá resultar do fato de existirem, num mesmo ordenamento, duas normas que se contradizem total ou parcialmente.

Em todas estas hipóteses (intencionais ou não), várias são as possibilidades de aplicação do direito, podendo o operador filiar-se a uma ou outra das várias significações possíveis, asseverando KELSEN que *o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*³⁶, concluindo mais adiante:

*A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral*³⁷.

O acima colocado dá uma clara idéia do pensamento deste

³⁵ KELSEN, H. *op. cit.*, p. 389.

³⁶ KELSEN, H. *Idem*, p. 390.

³⁷ KELSEN, H. *idem*, p. 390-1.

importante teórico do direito, especialmente no sentido da sua compreensão de que o conteúdo da norma em si pouco importa ao estudo do direito, sendo este um problema de política do direito.

Da mesma forma, pode-se dizer que exsurge uma certa desmistificação da idéia de que não há liberdade do juiz no ato de julgar, de escolher a resposta correta e possível dentro da “moldura”. O reconhecimento da existência de uma parte indeterminada na própria estrutura normativa (intencional ou não) leva a essa inarredável conclusão, afirmando KELSEN que nem sempre poderemos, *a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas*³⁸.

O juiz também é um criador do direito e, nesta função, é relativamente livre, já que o ato de escolha de qual das hipóteses possíveis para o preenchimento da “moldura” é uma função voluntária.

Explica KELSEN:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta

³⁸ KELSEN, H. *op. cit.*, p. 391.

espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transforma-se-iam em normas de Direito positivo³⁹.

Por fim, ensina:

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma aplicanda⁴⁰.

Como já dito, inegável a importância desta teoria para o direito, acrescentando-se a ele outra contribuição: a concepção piramidal do ordenamento jurídico, em que se apóia sua elaboração e aplicação, assim como o fundamento da instituição dos tribunais constitucionais. Sem a noção de hierarquia das fontes do direito não há, como, cientificamente, orientar o raciocínio jurídico⁴¹.

Mas, ao lado deste quadro, outro se desenha no sentido de que:

³⁹ Kelsen, H. *op. cit.*, p. 393.

⁴⁰ Kelsen, H. *Idem*, p. 394.

⁴¹ Azevedo, P. F. *op. cit.*, p. 16.

lamentavelmente, prevaleceu, sobretudo na América Latina, o aspecto restritivo das idéias de Kelsen, a limitação gnosiológica, que favorece a aceitação dos golpes de Estado, das quarteladas que têm entretido tristes páginas da história político-jurídica deste continente. Também contribui ela para sedimentar a cisão do discurso jurídico, que, a partir do positivismo-exegético, tem separado a Ciência do Direito de sua dimensão crítico-valorativa, de suas projeções sociais, e, logo, de seu assento histórico, contribuindo ao seu isolamento das aspirações populares, conduzindo ao ceticismo decorrente da existência de duas verdades, a dos leigos e a dos juristas⁴².

DALLARI é enfático ao apontar que a teoria pura do direito de Kelsen acabou por afastar os fundamentos filosóficos e sociais do direito, reduzindo a uma simples forma que aceita qualquer conteúdo, concepção que se mostra conveniente:

para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes⁴³.

PERELMAN, igualmente indica os inconvenientes da teoria pura do direito, que:

separa de modo demasiado rígido o direito do fato, faz concessões excessivas ao arbítrio do juiz dentro do âmbito da lei, despreza o papel essencial da regra de justiça formal, que requer o tratamento igual para situações essencialmente semelhantes, e recusa toda referência a um juízo de valor, como

⁴² AZEVEDO, P. F. *op. cit.*, p. 16.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.82-3.

*se a justiça e a equidade fossem noções alheias ao direito*⁴⁴.

Da mesma forma, aponta o referido autor que, com o advento do Estado nacional-socialista, mesmo para os mais ferrenhos positivistas, ficou impossível sustentar que “lei é lei”, crescendo a noção de que *há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todas aquelas para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça*⁴⁵.

Esta reação antipositivista se deu especialmente em função de casos como o narrado por PERELMAN ocorrido na Alemanha pós-guerra, onde esta nova concepção permitiu a condenação de um Oficial de Guerra que havia matado um soldado que se ausentara sem pedir permissão e que sustentou estar pautado por uma ordem de Hitler:

*que autorizava qualquer membro das forças armadas a matar imediatamente qualquer desertor, covarde ou traidor. O Tribunal Federal, em seu acórdão de 12 de julho de 1951 (B.D.H.Z., 3, 94), recusou-se a reconhecer à ordem do Führer a qualidade de uma regra de direito e condenou o oficial ao pagamento de indenização à mãe do soldado executado sem julgamento*⁴⁶.

Tratava-se de uma necessidade repensar a atividade do julgador e sua postura diante do ordenamento jurídico, situação que

⁴⁴ PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 94.

⁴⁵ PERELMAN, C. *Idem*, p. 95.

⁴⁶ PERELMAN, C. *Idem*, *Ibidem*.

acabou por abalar de modo profundo a compreensão da lei como entidade maior e única fonte de busca do que se entende por justiça, havendo, contudo, de se encontrar o equilíbrio, tarefa maior dos pensadores do pós-guerra, já que se equivocado se mostra o estrito apego à lei, melhor não será o simples abandono da norma, como bem alerta PERELMANN:

O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público – pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder – impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo⁴⁷.

A respeito das idéias Kelsenianas, com claro sentido de resgate das mesmas, não há como omitir-se a referência ao trabalho de BOBBIO⁴⁸, que de maneira cuidadosa analisou as principais críticas feitas a estas idéias, propondo uma releitura na busca do real significado da “Teoria Pura do Direito” proposta pelo mestre de Viena.

Para tanto, BOBBIO identifica que os principais ataques que o trabalho de Hans Kelsen mereceu eram provenientes de duas frentes: em primeiro, dos defensores do direito natural, em nome da objetividade da ciência e, em segundo, da sociologia, em nome da

⁴⁷ PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 98.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres, 1980, p. 119.

distinção feita entre o mundo do “ser”, ao qual pertencem os fenômenos sociais, e do “dever ser”, ao qual pertence o direito, explicando o autor referido que:

Si se tienen estos dos blancos, se comprende por que la teoría pura del Derecho presenta dos pretenciones fundamentales: a) que es ciencia (y no ideología); b) que es la ciencia propia del objeto específico al que se dirige, el Derecho (y no de objetos distintos, si bien afines, como son los estudiados por la sociología). Por la primera pretensión se coloca como verdadera ciencia (en contraposición a la pseudociencia de los iusnaturalistas, y en general de quienes subordinan el estudio del derecho a las ideologías políticas). Por la segunda se coloca como la única ciencia del Derecho (en contraposición a las ciencias afines que tienden a sustituir a la jurisprudencia normativa)⁴⁹.

Em relação à primeira, Norberto Bobbio – partindo da base do pensamento jusnaturalista de que toda norma jurídica será válida se também for justa, aponta que esta tem justificativas bastante plausíveis, a começar pelo fato de que a distinção feita por Hans Kelsen tem por objetivo não permitir a confusão de dois problemas distintos, dando à ciência do direito o que é da ciência do direito, e à filosofia o que lhe pertence, compreendida esta como a competente para elaboração e justificação de um sistema de valores. Não ocorre, em hipótese alguma e como sugerem seus críticos, a eliminação de um dos problemas em favor do outro.

⁴⁹ BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del derecho*. p. 120.

Diz BOBBIO:

No elimina el problema de la justicia o de la justificación del Derecho positivo sólo por el hecho de afirmar que es distinto del problema de la validez, del mismo modo que no elimina el problema de la justificación del mal en el mundo (la llamada teodicea) el hecho de que las ciencias de la naturaleza tengan la larea exclusiva de describir y explicar los fenómenos (también aquellos que nos repugnan o suscitan escándalo)⁵⁰.

Além disso, recorda, há que se registrar que esta forma de compreender as normas por parte dos jusnaturalistas, tinha também como justificativa a necessidade de impor um certo limite aos soberanos, para que eles no exercício de sua função legislativa, observassem critérios de humanidade e justiça em uma época que ainda não haviam sido criados sistemas eficazes de controle de constitucionalidade de normas. Além disso, também havia necessidade de se manter uma esfera de escape para justificar o não atendimento de uma determinada norma, já que os meios de participação popular eram extremamente reduzidos.

Contudo, conclui BOBBIO, atualmente existem meios mais eficazes para garantir a correspondência das leis com as exigências de justiça, os quais, assevera:

(...) no cancelan en absoluto el hecho de que las leyes de cualquier ordenamiento hayan sido y sean válidas y eficazes aunque injustas, y de que el jurista – si quiere ser un investigador de hechos y no un moralista o un predicador – tenda el deber de

⁵⁰ BOBBIO, N. *op. cit.*, p. 122.

distinguir las normas válidas de las inválidas, independientemente del hecho de que repugnen o no a la conciencia propia o ajena⁵¹.

Mas, uma indagação fica no ar: o que se entende por justiça? Há um critério certo para se fazer a distinção entre o justo e o injusto?

Com estas perguntas, BOBBIO procura demonstrar a falta de caráter absoluto do juízo de valor, não com a pretensão de negar a possibilidade de submissão da norma a um juízo de valoração moral, mas sim de demonstrar a impossibilidade do juízo de valor da norma ser igual ao juízo de validez (existência da norma), ou que possa dele depender.

Nas palavras do mesmo:

la difirencia entre juicio sobre la justicia de una norma y juicio sobre la validez de la misma norma está em que el primeiro es un juicio de valor y el segundo um juicio de hecho. Ahora bien, hacer depender la existencia de la norma de su mayor o menor conformidad co un ideal de justicia equivale a subordinar el juicio que como historiadores estamos llamados a dar sobre la existencia de un hecho al valor que el atribuimos. Que Bruto haya matado a César es un juicio de hecho; que el homicidio de César sea una acción buena o mala es un juicio de valor. Que diríamos del historiador que sostuviese que no es cierto que Bruto matara a César porque no está bien que lo haya matado?⁵²

Em relação ao segundo grupo de críticos, os sociólogos,

⁵¹ BOBBIO, N. *Contribución a la teoria del derecho*. p. 123.

⁵² BOBBIO, N. *Idem*. p. 124.

BOBBIO afirma que, da mesma forma como abordou o assunto em relação aos adeptos do direito natural, o faz em relação à sociologia, posto que a distinção entre a validade do direito de sua realidade social, não implica na exclusão de um dos problemas, já que a validade do direito – objeto da teoria pura do direito – não exclui o tratamento, em outro lugar, do problema da realidade social do direito, objeto da sociologia jurídica.

A partir destas concepções e dando o devido valor ao trabalho de Kelsen, é que Norberto Bobbio alça um vôo até o chamado “positivismo lógico” onde identifica que a encruzilhada em que se encontra a ciência do direito – com dificuldades em se libertar das amarras impostas pelo direito positivo como até então compreendido – é resultado de um complexo de inferioridade do jurista em relação aos cientistas de outras áreas. É o mais claro resultado do que classifica como sendo “duplicação do saber”: ao lado de um trabalho científico que se afasta do direito, os juristas desenvolvem uma prática que nada tem de ciência.

Para BOBBIO, este desvio tem solução na teoria da linguagem, ou seja, na concretização de que o papel do jurista consiste na construção de uma linguagem rigorosa (científica) em torno de seu objeto de estudo, que é o ordenamento jurídico.

Afirma BOBBIO:

Estas operaciones, bien mirado, no son más que esa actividad compleja en la que tradicionalmente se hace consistir la labor del jurista: la interpretación de la ley. Que es, en efecto, la interpretación de la ley sino análisis del lenguaje del legislador, de ese lenguaje en el que se expresan las reglas jurídicas? Pues entonces, estando así las cosas, si el análisis del lenguaje es la operación propiamente científica del jurista, se deberá concluir que el jurista, precisamente en cuanto jurista en el sentido tradicional de la palabra, en cuanto intérprete de las leyes, construye la ciencia del Derecho⁵³.

Assim sendo, é através do trabalho de interpretação da lei, que o jurista deverá proceder à purificação, à integração e à sistematização da linguagem do legislador, tornando-a mais completa e adequada à sociedade.

BOBBIO, com a didática que lhe é peculiar, compara a atividade do jurista com a do historiador, dividindo-a em quatro constatações, a saber:

1) a escolha dos fatos relevantes – que no caso do jurista se comparam às normas – vez que nem todos são relevantes e nem todos servem para o fim que se pretende alcançar. A escolha do que seja relevante, ou irrelevante, cabe ao próprio investigador;

2) a escolha dos documentos, já que nem todos – assim como as normas para o jurista – serão utilizáveis, podendo alguns ser

⁵³ BOBBIO, N. Contribución a la teoría del derecho. p. 187.

incompatíveis entre si e, por isso, se excluírem;

3) possível que o historiador se encontre diante da falta de documentos relevantes, ocasião em que irá – assim como o jurista – proceder a conjecturas com o objetivo de criar regras mais plausíveis dentre aquelas já existentes (analogia) e, por fim;

4) historiador, assim como o jurista, estuda ações humanas, que são intencionais e que não podem ser entendidos senão buscando a intenção que determinou sua produção⁵⁴.

Com estas colocações, conclui BOBBIO:

Esto es suficiente, creo, para afirmar que el jurista se encuentra a menudo en la necesidad de hacer elecciones valorativas. Dando por buena la tesis según la cual las aserciones, a diferencia de las demás formas de discurso, son sometibles al criterio de veracidad y falsedad, se puede concluir tranquilamente que el discurso del jurista, en cuanto sometible a criterios distintos, como es, por ejemplo, el criterio de oportunidad, solo en parte se compode aserciones⁵⁵.

Em outras palavras: diante da atividade de interpretar se admite uma margem de indeterminação, de eleição e de discricionariedade que são estranhos às técnicas conhecidas de verificação, o que nos leva a identificar um ponto em comum com a preocupação externada por Chaïn Perelman, há pouco referida, e que se mostra oportuna reprisar: Impossível se mostra identificar o que é

⁵⁴ BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del derecho*. p. 217.

⁵⁵ BOBBIO, N. *Idem*. p. 218.

justo segundo o direito, com o que parece justo a um indivíduo. Na atividade do juiz, que é uma atividade pública já que sua autoridade (poder e competência) deriva do Estado, não se pode relegar à segundo plano a segurança jurídica, privilegiando a subjetividade e a arbitrariedade⁵⁶.

De grande importância na linha de estudo aqui adotada é a compreensão do pensamento de H. L. A. Hart a respeito do tema, exposto em sua obra "*The Concept of Law*", publicada em 1961, que deu início a uma profunda reflexão na teoria jurídica, *caracterizada por el énfasis en el estudio de la adjudicación o aplicación judicial del derecho y por la utilización de los instrumentos de la filosofía contemporánea particularmente la filosofía analítica y la hermenéutica*⁵⁷.

Parte ele da indagação de qual o real significado da palavra direito, identificando que os problemas fundamentais da teoria jurídica são relacionados na distinção entre o direito e a coerção, o direito e a moral e o direito e as regras (HART apud RODRIGUES). Para tanto, utiliza-se de parâmetros da lingüística, não apenas relacionados às palavras, mas pelo contrário, já que:

una conciencia agudizada de las palabras puede llevarnos a agudizar nuestra percepción de los fenómenos', porque cuando buscamos y

⁵⁶ PERELMANN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. p. 98.

⁵⁷ HART apud RODRIGUES, César. *La decisión judicial - H.L.A. Hart y Ronald Dworkin*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidade de los Andes, 1997, p. 16.

*hallamos definiciones 'no contemplamos simplemente palabras... sino también las realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras'. Así, el estudio del lenguaje que usamos al hablar del derecho es al mismo tiempo un estudio de las prácticas sociales que constituyen el derecho; el análisis lingüístico y la descripción sociológica se implican mutuamente*⁵⁸.

Abstraída uma séria de consequências do seu pensamento, e indo diretamente ao ponto que nos interessa na linha de raciocínio aqui desenvolvida – com especial ênfase à função jurisdicional – tem-se que no desaguar deste pensamento Hart sustenta que devido ao fato de que a vagueza e a indeterminação são características inerentes a linguagem jurídica, e que na decisão dos casos difíceis, os quais ocorrem *si existe incerteza, sea porque existe várias normas que determinan sentencias distintas – porque las normas son contradictorias –, sea porque no existe norma exactamente aplicable* (CASAMIGLIA apud DWORKIN), existe mais de uma interpretação razoável:

*cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho – porque las reglas no le indican una u otra dirección -, sino creándolo para el caso concreto.*⁵⁹

⁵⁸ RODRIGUES, César. *op. cit.*, p. 20-22.

⁵⁹ Cf. CASAMIGLIA apud DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 34.

Trata-se, como diz o próprio HART do fato de que:

em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo, sendo que tem-se usado dois expedientes principais, à primeira vista muito diferentes um do outro, para a comunicação de tais padrões gerais de conduta, com antecipação das ocasiões sucessivas em que devem ser aplicados. Um deles faz um uso máximo o outro faz um uso mínimo de palavras gerais a estabelecer classificações. O primeiro é exemplificado por aquilo a que chamamos legislação e o segundo pelo precedente⁶⁰.

Em qualquer uma dos casos, surge o que HART identifica como “textura aberta”, sendo que a incerteza aqui encontrada é, em verdade, o lado inconveniente pelo uso dos termos gerais em qualquer das formas de comunicação, não se podendo esquecer que:

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo⁶¹.

Ambas as situações (legislação ou precedente), quando colocadas diante de uma questão de fato, manterão um campo de indeterminação, já que impossível a previsão de todas as hipótese possíveis e imagináveis para as ações humanas. Se assim fosse,

⁶⁰ HARD, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Portugal, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 137.

⁶¹ HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 139.

teríamos o que HART⁶² chama de “jurisprudência mecânica”, que – sabemos – não existe.

Retornando à tentativa de estabelecer a base do pensamento deste autor no que pertine à decisão judicial, colhe-se a seguinte afirmação:

Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade. Seja como for, estas actividades, embora importantes e insuficientemente estudadas, não devem dissimular o facto de que quer a estrutura em que ocorrem, quer o seu produto final principal são uma das regras gerais. Trata-se de regras cuja aplicação os indivíduos podem eles próprios descobrir caso a caso, sem ulterior recurso a directiva oficial ou a um poder discricionário⁶³.

Não se trata de negar o papel central das normas dentro da estrutura de um sistema jurídico, já que não há como elas serem tiradas deste espaço, pelo simples fato de que não há como ser considerado direito unicamente as decisões dos tribunais. Tal idéia para Hart seria extremamente incoerente, já que a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição a uma sucessão mutável de indivíduos e atribuem

⁶² HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 141.

⁶³ HART, H. L. A. *Idem*, p. 149.

*autoridade às suas decisões*⁶⁴.

Mais à frente, conclui que, em uma sociedade que compreendesse apenas as noções de decisão (a manifestação no caso concreto) e de predição de uma decisão (o precedente), sem compreender a noção de regra (legislação), *a idéia de uma decisão dotada de autoridade faltaria e com ela a idéia de tribunal. Não haveria nada que distinguisse a decisão de uma pessoa privada da de um tribunal*⁶⁵.

Diante disso, como que coroando seu pensamento, apresenta mais um relevante aspecto da decisão judicial e que não pode ser esquecido desta abordagem:

*Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava 'errado' não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém. A decisão pode, claro, ser desprovida de efeito jurídico através de legislação, mas o próprio facto de que o recurso a tal é necessário demonstra o carácter vão, no que respeita ao direito, da afirmação de que a decisão do tribunal estava errada*⁶⁶.

Explicando melhor, tem-se que o juízo feito por aqueles que não são reconhecidos como tais perante o sistema (não-oficiais), não provocará nenhuma influência dentro do próprio sistema. Contudo,

⁶⁴ HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 150.

⁶⁵ HART, H. L. A. *Idem*, *ibidem*.

⁶⁶ HART, H. L. A. *Idem*, p. 155.

poderá ocorrer que esta decisão se distancie de tal forma daquilo que é entendido como o certo para o grupo, que poderá iniciar-se um movimento em que a intolerância se fará presente, e uma rebelião tomará conta do sistema ou, ainda e alternativamente, poderá a regra ficar alterada, asseverando HART que:

Seja o que for que os tribunais decidam, quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal, os tribunais terão de novo a mesma última palavra dotada de autoridade. Mesmo assim, continua a haver ainda uma distinção entre uma constituição que, depois de estabelecer um sistema de tribunais, dispõe que o direito será tudo aquilo que o supremo tribunal considere adequado e a constituição efectiva dos Estados Unidos – ou, para o mesmo efeito, a constituição de qualquer estado moderno. A frase ‘A constituição (ou o direito) é tudo aquilo que os juízes dizem que é’, se interpretada como negação desta distinção, é falsa. Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema⁶⁷.

Um dos principais opositores deste conjunto de idéias foi Ronald Dworkin⁶⁸, autor de outra obra de igual importância “*Los Derechos en Serio*”, que afirma ser inadmissível que a atividade do

⁶⁷ HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 159.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

juiz seja marcada por um caráter discricionário, ainda que em determinadas hipóteses, contrapondo-se ao afirmado por Hart (*The Concept of law*), como bem demonstra CASAMIGLIA (*Ensaio sobre Dworkin*, prólogo de *Los Derechos en serio*):

*Em caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo hartiano sostiene que en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta*⁶⁹.

Esta passagem bem demonstra a distância do pensamento destes dois autores, sendo que para Dworkin, assevera CASAMIGLIA apud DWORKIN:

*no es una buena solución dejar libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia – y su sistema de legitimación – en serio. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y esta debe ser consistente con la teoría*⁷⁰.

O principal aspecto da crítica que ele faz ao modelo de função judicial positivista:

está centrado en el tema de los casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los

⁶⁹ CASAMIGLIA apud DWORKIN, R. *op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ CASAMIGLIA apud DWORKIN, R. *Idem*, *ibidem*.

*principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas. En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico*⁷¹.

Para ele, a função do juiz que deve prevalecer não é a função criadora, mas sim a função garantidora, devendo ficar a criadora com aqueles legitimados para tanto.

Justifica DWORKIN:

*La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La Segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho*⁷².

Como se vê, intensa é a busca de respostas ao problema da forma de fundamentação a ser utilizada ou, ainda, se existe, ou não, um campo de atuação reservado ao julgador para que deixe fluir

⁷¹ CASAMIGLIA apud DWORKIN, R. Idem, p. 15.

⁷² DWORKIN, R. *op. cit.*, p.150.

posições inerentes à sua personalidade e modo de compreender o mundo.

1.3. As Vinculações Políticas da Decisão Judicial e a Constituição como Limite

Excluindo as formulações da Escola da Exegese, um traço comum a todos os demais momentos elencados é a existência de um campo de valoração subjetiva confiado ao aplicador do direito. Como se viu, para Hans Kelsen a norma do escalão superior não poderá vincular em todas as direções o ato através do qual é aplicada, havendo sempre uma margem de livre apreciação por parte do órgão aplicador do direito; Norberto Bobbio sustenta que a atividade do operador do direito será a de proceder à purificação, à integração e à sistematização da linguagem do legislador, momento em que deverá fazer eleições valorativas; Para Herbert Hart, em caso de lacunas ou antinomias, terá o julgador discricionariedade para escolher a melhor solução, o que é contestado por Ronald Dworkin, que diz ser necessário um apego maior aos princípios, buscando neles a resposta para a solução do problema que se coloca.

Ao lado da evolução acima constatada, e que diz respeito de modo mais específico às formas de interpretação da norma jurídica – o que não compromete o enfoque aqui pretendido – percebe-se a mutação do que se entende acerca da atividade jurisdicional, até

porque cada uma das posturas teóricas exploradas exige um tipo de juiz, que ora se portará de modo mais recluso, ora de modo mais discricionário.

No Estado Liberal, clara era a tentativa de reduzir o juiz um a funcionário público, negando-se a ele a condição de agente político, como recorda GOMES ao afirmar que:

a redução do juiz à condição de funcionário decorreu da concentração do poder de julgar e de legislar no Estado Centralizador, desde o advento da Revolução Francesa. Esta limitação retirou da função jurisdicional parte do seu tradicional significado de dizer o direito, como ocorria na época romana e como ocorre até hoje no sistema anglo-saxônico. A capacidade criativa do magistrado de elaborar e aplicar os princípios de direito (ius) passou a ser vinculada ao império da lei codificada (lex), elaborada muitas vezes para satisfazer interesses particulares, não gerais⁷³.

Tal pensamento, em que pese o passar dos anos e as diversas formulações teóricas que desfilaram pelo mundo do direito neste período (como se viu há pouco), ainda se reproduz em certos e determinados sistemas, quais sejam, aqueles que não adotaram o *commow law*, método de origem inglesa que tem seu nascimento bem explicado por MARTÍN:

La distinción entre un modelo y outro tuvo su origen el fase embrionaria del Estado Moderno (siglos XVI y XVII): los Jueces ingleses de aquella época lucharon por su independencia frente a los señores feudales, frente a la Iglesia y la Monarquía,

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. A questão do controle externo do Poder Judiciário Natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61.

es decir, frente al absolutismo y la incipiente burguesía. Consecuieron de esta forma mantener su actividad creadora del Derecho (common law), conforme la tradición romana, garantizando no sólo la independencia personal de los mismos, sino también la autonomía de la magistratura, especialmente frente al poder gobernante⁷⁴.

Além disso, este quadro igualmente pode ser encontrado naqueles países em que impera o que CÁRCOVA⁷⁵ denomina de “novas democracias”, as quais surgem no cenário mundial a partir de certos e determinados episódios, como o fracasso dos modelos de ditadura militar na América Latina, a queda do Muro de Berlim e a implosão do Estado Soviético.

São democracias que possuem o que chama de carácter delegativo, ou seja:

una concepción y práctica del ejercicio del Poder Ejecutivo según la cual por medio del sufragio se delega a su favor la prerrogativa de hacer cuanto le parezca adecuado para el país, sin estar sujeto, efectivamente, a las reglas de control horizontal formalmente establecidas. Tales reglas atribuyen a órganos razonablemente autónomos el control de validez y la legitimidad de los actos de ese poder⁷⁶.

Em resumo: são governadas por outros setores que materialmente detém parcelas de poder, e não governantes.

⁷⁴ MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1989, p.10.

⁷⁵ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Derecho, política y magistratura**. Buenos Ayres: Biblos, 1996, p. 99.

⁷⁶ CÁRCOVA, C. M. Idem, p. 99.

Mais adiante, CÁRCOVA aponta com clareza o traço comum a todas elas:

las nuevas democracias ostentan un grave déficit de legalidad. Porque cuando, en un sistema democrático, un poder del Estado se arroga facultades o competencias que la ley no le atribuye, conspira contra um pilar básico del sistema que es de la división de poderes y, al mismo tiempo, pone en crisis la noción misma de soberanía popular, so capa de atender a la lógica de la 'razón de Estado' que, como há señalado Bobbio siguiendo a Spinoza, es precisamente la antítesis del Estado racional (Bobbio, 1985). Y cuando las decisiones son procesadas y 'sancionadas' en ámbitos que no son los que prevé el orden jurídico, aquella soberanía popular resulta expropiada y, en consecuencia, aquel orden subvertido⁷⁷.

Nestas, há um enfraquecimento das instituições democráticas constituídas, identificando-se um poder executivo que prefere justificar os meios pelos fins a que se propõem e um legislativo que acompanha tal pensamento, não oferece resistência e chancela tais atitudes quando chamado para tanto. Evidente que, para acompanhar esta lógica, há necessidade de um Poder Judiciário que se disponha a seguir o mesmo caminho e que igualmente justifique suas decisões pela finalidade, fazendo tábula rasa dos meios empregados, sendo esta a situação que mais causa espécie, já que, como recorda CÁRCOVA:

E es el Poder Judicial, precisamente, quien tiene atribuido en un régimen republicano y democrático el control de constitucionalidad de los actos del poder administrador y el control de

⁷⁷ CÁRCOVA, C. M. *op. cit.*, p. 100.

*constitucionalidad de los actos del legislativo. Ese control, de hecho, queda en manos de la Corte, toda vez que ella constituye la última instancia de conocimiento y decisión, cuando no la única, en los casos donde están en juego atribuciones y competencias de los otros poderes, tanto como en los casos donde lo que está en juego es el régimen fundamental de garantías y derechos, consagrados en la parte dogmática de la Constitución nacional*⁷⁸.

O que se constata é que a postura pleiteada pelos defensores da Escola da Exegese e seus seguidores da atualidade, onde o juiz exercia (e exerce) o papel da razão, cabendo ao legislador o papel da vontade (ato de editar a lei), não se mostra como única alternativa de conduta, havendo sempre a possibilidade de, calcado em novos modelos teóricos, o juiz descobrir outras modalidades de decidir, sem descuido do respeito ao sistema da tripartição, sem abarcar as funções reservadas a outros setores do Estado e, ainda, sem deixar de exercer seu papel político na sociedade.

Esta reação é perfeitamente possível, não só pelo já identificado no rico campo das possibilidades de interpretação da norma e que se direciona a todos os operadores do direito, mas também a partir do momento em que se compreende que, recebendo os poderes (soberania) do povo, os juizes encontram-se legitimados não só para confirmar as palavras da lei, mas igualmente para fazer justiça, o que dá razão a este seu papel político, como bem afirma

⁷⁸ CÁRCOVA, C. M. *op. cit.*, p. 104.

DALLARI⁷⁹, por dois motivos: são integrantes do aparato do poder do Estado, que é uma sociedade política, e aplicam normas de direito, que são necessariamente políticas, análise que deve ser feita sem reduzir a compreensão da categoria “política” a apenas “política partidária”, mas sim de entendê-la como o meio de agir (forma) para a consecução dos fins do Estado, aí compreendido o que cada agente entende como o real objetivo desta estrutura.

Seria ampliar o que se compreende como função interpretativa do Supremo Tribunal Federal – por exemplo – no trato da medida provisória, instituto previsto no art. 62, da Carta Constitucional, onde está dito que, *em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias*⁸⁰.

A esse respeito, é posição assumida naquela egrégia Corte que:

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário

⁷⁹ DALLARI, D. A. *op. cit.*, p.85.

⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

*quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto*⁸¹.

Como se percebe, entendeu por bem aquela casa em não fechar por completo a possibilidade de exame do mérito da matéria, vez que admitiu fazê-lo quando houver “excesso de poder de legislar”.

Eis o que justamente se pretende aqui: sem ferir os princípios que norteiam nosso sistema, aumentar a possibilidade interpretativa do julgador, ampliando seus limites até o exame do respeito à linha de ação determinada pela Constituição, nossa carta política. Ultrapassar a barreira do chamado poder discricionário pela compreensão de que este, também, está vinculado ao texto maior.

E é neste sentido, que CÁRCOVA afirma que *La función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, es una función política por antonomasia. Una función que tiene a su cargo – como la ejecutiva y la legislativa – la realización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución nacional*⁸², concluindo mais adiante:

Está claro, pues, que cuando se reconoce la dimensión política de la función judicial se hace mención a una actividad que tiene como finalidad alcanzar la realización del entramado de principios, valores, instituciones y comportamientos sociales que están definiendo y constituyendo un cierto orden. Cuestiones que, en nuestro caso, apuntan a la libertad, la igualdad – al menos la que formalmente supone el ejercicio de una

⁸¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162-DF, julgada em 14 de dezembro de 1989, publicada no Diário da Justiça da União de 10.09.1997.

⁸² CÁRCOVA, C. M. *op. cit.*, p. 106.

*cuidadania universal –, la seguridad, etc., y, al mismo tiempo, a las instituciones concebidas para garantizar ese plexo, como la división de poderes, el debido proceso, etcétera*⁸³.

COUTINHO, a respeito da atividade do juiz afirma:

Ora, como membro do Poder Judiciário, sua principal função é julgar, decidir e solucionar conflitos. Logo, a nota característica da atuação jurisdicional é o direcionamento das políticas público sociais, pois o poder decisório atribuído à autoridade do juiz modifica e direciona imperativamente o comportamento e a estrutura dinâmica da comunidade onde este exerce sua jurisdição.

Neste sentido, o conteúdo de poder decisório dessa atuação expressa-se pela sentença ou decisão tomada, na medida em que estas ordenam e solucionam os conflitos (individuais, coletivos e difusos) emergentes da sociedade civil e também das relações entre esta e o governo.

*A conotação do termo agente político para conceituar o membro do Poder Judiciário é fundamental para se entender o seu papel de operador do Direito, o qual se utiliza das ferramentas legais como instrumental de reestruturação da sociedade e organização das relações entre os homens em uma comunidade e em dado momento histórico*⁸⁴.

É igualmente DALLARI, quem recorda que:

A consagração do Judiciário como verdadeiro Poder, capaz de interferir eficientemente na vida política do estado, tornou-se definitiva com o famoso caso Marbury vs. Madison, decidido pela Suprema Corte em 1803. Nessa oportunidade, um voto magistral do então presidente da Corte, John Marshall, afirmou a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre os atos do Executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas

⁸³ CÁRCOVA, C. M. *op. cit.*, p. 107.

⁸⁴ COUTINHO, Heliana M. de A. *O juiz agente político*. Campinas: Copola, 1989, p. 71-2.

*constitucionais. Essa doutrina deu fundamento a uma ampla atuação política de todos os juizes e teve, desde então, enorme influência na vida dos Estados Unidos*⁸⁵.

É o chamado controle difuso da constitucionalidade das normas, instituto que melhor exemplifica o poder político dos juizes, igualmente adotado em nosso sistema constitucional desde a primeira carta republicana (1891) onde o poder judiciário, através de qualquer dos seus órgãos, poder deixar de aplicar nos casos concretos de julgamento a norma que entender inconstitucional (Constituição Federal, artigos 97, 102, inciso III, letras “a” a “c”).

Em verdade, lembra DALLARI, o juiz:

*não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo*⁸⁶.

Mas, onde estão estes “certos objetivos sociais”?

No texto constitucional, expressão maior da organização política a que o juiz está vinculado e que é resultado do consenso da nação, participante que foi do seu processo de elaboração, afirmando CANOTILHO que:

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a

⁸⁵ DALLARI, D. A. *op. cit.*, p. 91.

⁸⁶ DALLARI, D. A. *Idem*, p. 88.

*constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas*⁸⁷

Ou seja, vincula todos (Estado e sociedade) na consecução de seus fins.

Nesta mesma direção aponta o pensamento de STRECK⁸⁸, que para tanto parte da formulação de uma indagação – qual a relação entre direito e política? – propondo a resposta a partir do exame de dois “eixos analíticos”: o procedimentalismo e o substancialismo.

Tocante ao primeiro, anota STRECK que:

*sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de gigantismo do Poder Judiciário, surgido no pós-guerra. Tais fatores coincidiram com o desistímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos. Como contraponto, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas, sim, em uma ‘nação de cidadãos’.*⁸⁹

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1101.

⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁸⁹ STRECK, L. L. Idem, p. 40.

Mais adiante, ainda ao expor sobre o pensamento de Habermas, que sustenta uma compreensão procedimental da Constituição, STRECK esclarece que, segundo ele (Habermas):

o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger o processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução⁹⁰.

Em relação ao segundo ponto, advogando a tese substancialista, Cappelletti diz que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial⁹¹, asseverando mais adiante que o modelo em comento (substancialista):

trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição

⁹⁰ STRECK, L. L. *op. cit.*, p. 41.

⁹¹ STRECK, L. L. *Idem*, p. 42.

*constitucional. O poder judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade*⁹².

Esta última orientação, como se vê, é a que serve de sustentação para a compreensão da Constituição como real limite político da atividade do juiz, vez que:

*a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição. Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais. Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade*⁹³.

A explicar este movimento, de busca de justificativa das decisões nos textos constitucionais, acompanhado da compreensão de que a isto se identifica a postura de papel político do juiz a ser desenvolvido, também está o declínio da lei como forma de regulação social, o que, na visão de ENTERRÍA⁹⁴, se deve a dois fatores.

O primeiro, resultado da compreensão de que, acima das

⁹² STRECK, L. L. *op. cit.*, p. 43.

⁹³ STRECK, L. L. *Idem*, p. 45.

⁹⁴ ENTERRÍA, E. G. *op. cit.*, p. 40.

leis, há um outro texto, a Constituição, a qual se consagra como uma norma superior e que retrata os grandes valores sobre os quais se assenta uma determinada comunidade. É a compreensão de Constituição da forma como pregado pelos revolucionários norte-americanos, e que penetrou de forma forte no constitucionalismo europeu, afirmando ENTERRÍA que:

En esta recepción europea de la concepción americana de la Constitución como norma suprema efectiva, invocable ante los Tribunales, canon de validez de las Leyes y criterio primero para la interpretación y aplicación de éstas, pesó, indudablemente, la experiencia de los totalitarismos europeos, en todos los cuales los dictadores dispusieron a su arbitrio del poder legislativo, haciendo aparecer a la Ley como destructora, y no como protectora, de la libertad⁹⁵.

O segundo, por sua vez, decorre da desvalorização que se segue a uma inflação legislativa desmedida, como já se apontou com José Maria Cárcova, e que faz mudar de forma radical a compreensão da lei como redução do direito (ordem abstrata de justiça), passando ela a ser o que ENTERRÍA, chama de “*Ley-medida*”, a qual:

no pretende definir un orden abstracto de justicia y tendencialmente permanente; renuncia deliberadamente a las dos cosas y se presenta abiertamente como una norma ocasional, contingente, explicable sólo en función de una situación o problema determinados que se pretende enderezar o superar, en todo caso conformar, mediante una determinada política en consideración a un cierto objetivo que se intenta alcanzar en el

⁹⁵ ENTERRÍA, E. G. *op. cit.*, p.41.

*tiempo, más que en función de una justicia abstracta*⁹⁶.

Evidente que, deste quadro, há que resultar a valorização (ou revalorização) do texto constitucional de uma determinada comunidade, posto que ali é que estão depositados os seus principais valores e concepções, quer relacionados a forma de organização desta sociedade, quer relacionados aos direitos fundamentais do homem. Ir ao encontro disto é o que se pode entender por atividade política do juiz.

⁹⁶ ENTERRÍA, E. G. *op. cit.*, p.51.

CAPÍTULO II

OS DIREITOS DECLARADOS E A SUA EFETIVIDADE

2.1. Declarar Direitos: Uma Nova Prática

Além da separação dos poderes antes abordada – com todas as suas conseqüências para o campo da ciência do direito, outra marca fundamental do Estado Liberal intensificada com a Revolução Francesa, foi a declaração de direitos em Cartas Constitucionais, prática que já vinha sendo forjada desde Roma e que ganhou força na Idade Média com uma série de documentos, dos quais o mais famoso é a *Magna Carta* inglesa (1215-1225)⁹⁷.

São duas características reflexos do pensamento de que, melhor que um governo de homens, é um governo de leis, como já era afirmado por Platão e Aristóteles em seus escritos, e largamente sustentado por BOBBIO quando diz que:

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo da democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem

⁹⁷ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 17. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 155.

derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência⁹⁸.

A partir desse movimento é que tal prática se dá de modo claro e crescente, situação perceptível na grande maioria das cartas constitucionais do século XX.

2.2. A Declaração de Direitos e o Estado Democrático

No centro de todas estas idéias, a compreensão do Estado de Direito nos exatos moldes do definido por MIRANDA, que afirma: *Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de acção dos governantes⁹⁹.*

Para CADEMARTORI, na trilha de BOBBIO, sua concretização passa por três estágios bem definidos: governo *per leges*, governo *sub lege* e Estado Constitucional de Direito, explicando, em relação ao primeiro, que nele encontramos:

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Coimbra, T. I, 1997, p. 86.

uma subordinação do soberano a normas superiores que não lhe é dado suprimir ou violar: trata-se de um poder sub lege... falamos de governo per leges quando este se expressa mediante leis predominantemente gerais e abstratas, e não através de atos particulares, privilégios ou estatutos pessoais¹⁰⁰.

No que pertine ao segundo (sub lege), CADEMARTORI aponta que este deve ser entendido *como vinculação e submissão dos poderes públicos ao direito, e também como uma pré-determinação das condições de validade normativa. Conforme este duplo entendimento, são dois os sentidos de compreensão do governo sub lege: a) em sentido lato, fraco ou formal: qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos pela mesma estabelecidos; b) em sentido estrito, forte ou substancial: todo poder deve ser limitado pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode (ou não) dispor, constando mais adiante: O governo sub lege, mesmo em sua forma fraca, determinou a definitiva afirmação do Estado liberal ou legislativo de Direito; o Estado de Direito aperfeiçoou-se normativamente com a definitiva afirmação do princípio de legalidade em sua forma fraca¹⁰¹.*

Por fim, em relação ao terceiro, acaba por ser resultado da crise pela qual passou o Estado de Direito na sua roupagem legislativa

¹⁰⁰ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.19.

¹⁰¹ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 24-5.

ou liberal, decorrente da crise da lei como mecanismo de regulação social. Este quadro forjou o aparecimento do Estado Constitucional de Direito, como leciona CADEMARTORI:

A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado Legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do carácter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa¹⁰².

Não se trata mais de reduzir o aspecto jurídico a apenas e tão somente o aspecto legislativo, de vez que:

a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o carácter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes – de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal – estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de normalidade – e, precisamente por isso, do próprio direito enquanto realidade constituída¹⁰³.

¹⁰² CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p.26.

¹⁰³ CADEMARTORI, S. *Idem*, p. 28.

É exatamente o quadro encontrado nos sistemas de constituição rígida, onde além das limitações formais para revisão do texto constitucional, existem as limitações materiais, as chamadas normas pétreas, ou seja, aqueles que não podem ser alteradas, senão quando da eclosão do poder constituinte originário.

Tudo isso somado, pode-se dizer, resulta no chamado Estado Democrático de Direito:

que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes. Esses direitos naturais positivados, ora em diante denominados 'direitos fundamentais' passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, aquela se inviabiliza. A legitimação democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e implementação desses direitos através de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados através daqueles¹⁰⁴.

A esse respeito, CANOTILHO é enfático ao apontar que:

o Estado constitucional é mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize state power). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e

¹⁰⁴ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 32.

do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado 'impolítico' do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual 'todo o poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de 'charneira' entre o 'Estado de Direito e o 'Estado Democrático', possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito democrático¹⁰⁵.

Não se trata mais de apenas impedir os abusos de poder, ocorrentes na época do absolutismo. Há necessidade de se explicar a origem do poder, possibilitando o exame da sua legitimação.

2.3. Os Direitos Fundamentais e Sua Inserção nas Constituições

Como já dito, uma das essenciais características do Estado Constitucional de Direito foi, e continua sendo, a declaração dos direitos naturais do homem em cartas constitucionais, o que se faz com o especial objetivo de assegurá-los de modo completo, como bem acentua CANOTILHO ao recordar que:

o sentido destas declarações não se reconduzia à reafirmação de uma teoria da intolerância, ou seja, de apelos morais dirigidos ao soberano, tendentes a obter garantias para os súbditos. A tolerância ficava sempre no domínio reservado do soberano e, conseqüentemente, na sua completa disponibilidade. As declarações dos direitos vão mais longe: os direitos fundamentais

¹⁰⁵ CANOTILHO, S. *op. cit.*, p. 96.

*constituem uma esfera própria e autónoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos*¹⁰⁶.

O surgimento e a origem, pode-se afirmar sem medo, decorrem de uma série de fatos e momentos vividos pelo homem ao longo de sua trajetória na construção das sociedades, podendo ser identificados como um movimento que apenas é parte de outro de maior proporção, que extrapola o direito constitucional – onde se verifica apenas mais um de seus reflexos – e que foi bem identificado por Bobbio em sua obra “*A Era dos Direitos*”, onde elencou uma evolução histórica e sucessiva dos direitos, passando pelas seguintes fases, sintetizadas por OLIVEIRA JÚNIOR¹⁰⁷:

1ª geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente;

2ª geração: os direitos sociais, onde o sujeito é visto em uma situação concreta;

3ª geração: os direitos transindividuais, ou coletivos ou difusos;

4ª geração: os direitos de manipulação genética que, por tratarem da vida e da morte, necessitam de uma discussão ética anterior e, por fim,

¹⁰⁶ CANOTILHO, S. *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. (org.) *O novo em direito e política*. p. 191.

5ª geração: os direitos decorrentes da realidade virtual, fruto do rompimento de fronteiras causados pelo desenvolvimento da cibernética na atualidade.

De qualquer forma, e retornando ao campo do direito constitucional, é SILVA quem oferece uma classificação destas condições sobre as quais se deram o desenvolvimento dos direitos fundamentais:

1) condições reais ou históricas (também chamadas de objetivas ou materiais), as quais marcaram as declarações do século XVIII e tiveram por objeto contrapor-se ao regime da monarquia absolutista;

2) condições subjetivas ou ideais ou lógicas, que consistem nas fontes de inspiração filosóficas: (A) o pensamento cristão, na verdade, o cristianismo primitivo, já que o da época fornecia elementos para a justificação divina do poder; (B) a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionalista e, por fim, (C) o pensamento iluminista, com suas idéias sobre a ordem natural e crença nos valores individuais¹⁰⁸.

Como se vê, importante parte da história foi abarcada na classificação acima, as quais foram superadas,

pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao Domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam de fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os direitos econômicos e sociais – e concomitantemente a transformação do conteúdo

¹⁰⁸ SILVA, J. A. *op. cit.*, p. 177.

*dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também sobreviriam novas doutrinas sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos. Dentre elas, o manifesto comunista e as doutrinas marxistas, a doutrina social da igreja, a partir do Papa Leão XIII e, por fim, o intervencionismo estatal, que reconhece que o estado deve atuar no meio econômico e social*¹⁰⁹.

Eis aí uma forma de compreender o surgimento destes e sua justificativa.

Outra forma de entender sua origem nos apresenta CADEMARTORI quando recorda que a categoria de direitos subjetivos, abrangente dos direitos fundamentais, *é fruto das teorias dos 'direitos naturais' dos séculos XVII e XVIII, mas a sua sistematização foi uma tarefa dogmática jurídica do século passado, que preconizou os direitos fundamentais como 'direitos subjetivos públicos', já não fundantes, mas fundados pelo Estado*¹¹⁰.

Contudo, alerta CADEMARTORI:

No entanto, os direitos fundamentais foram pensados pelos jusnaturalistas como um prius lógico com relação ao Estado e contrapostos aos poderes públicos como a sua antítese e padrão de justificação. Esta formulação foi profundamente alterada pelos juspublicistas alemães do século passado, em coerência com o princípio positivista de que toda situação jurídica emana do Estado e é regrada pelo direito; e todos os direitos, patrimoniais e fundamentais, são igualmente

¹⁰⁹ SILVA, J. A. *op. cit.*, p. 179.

¹¹⁰ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 39.

*criados pelo direito positivo e derivados do Estado*¹¹¹.

Feita esta divisão entre os jusnaturalistas, defendendo serem eles “fundantes” (pré-políticos) e, de outro, os positivistas, sustentando serem eles “fundados”, ressalta mais à frente:

Para Ferrajoli, uma vez reconhecida a natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios axiológicos de justificação do Estado, tais direitos não são fundados, mas fundantes; mas não são normas, e sim princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos, já que eles são fundamentos (frutos de opções morais e convenções); mas uma vez incorporados à ordem normativa, convertem-se em normas jurídicas de nível constitucional. E esta ambivalência reflete o caráter tanto externo, ou ético-político, quanto interno, ou jurídico, das fontes de legitimação do direito”.

Mais adiante conclui com propriedade:

*É com estas características que esses direitos fundamentais acham-se integrados à totalidade das Cartas Constitucionais contemporâneas, embora apareçam formalmente em documentos separados em algumas delas*¹¹².

A corroborar esta idéia está o parágrafo 2º, do art. 5º, da nossa Carta Constitucional, onde está dito que *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, a qual segue a mesma linha do adotado no IX Aditamento (de 1791) à*

¹¹¹ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 39.

¹¹² CADEMARTORI, S. *Idem*, p. 40.

Constituição do Estados Unidos onde se lia que *a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo.*

Esta a fundamentação e a inspiração desta importante categoria de direitos, as quais, no dizer de HESSE, observado seu nascimento e desenvolvimento histórico, podem ser conceituados *como garantias pontuais que, sem dúvida, muitas vezes, são reunidos em um catálogo; mas que são restringidos a isto, assegurar ou proteger âmbitos de vida individuais, especialmente importantes ou especialmente postos em perigo*¹¹³, ou ainda como quer SILVA, que a entende como expressão:

*reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente*¹¹⁴.

Da mesma forma, pode-se afirmar que são:

a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como

¹¹³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 244.

¹¹⁴ SILVA, J. A. *op. cit.*, p. 182.

*elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático*¹¹⁵.

Olhando mais de perto a categoria “direitos fundamentais”, percebe SARLET, que o seu processo de reconhecimento é altamente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativo dos direitos fundamentais, que se desprenderam – no mínimo, em grande parte – de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista¹¹⁶.

Mais à frente, constata que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano¹¹⁷.

É categoria aberta e mutável, devendo-se, contudo, fugir do risco de uma vulgarização, de uma:

degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu ‘status jurídico e científico’, além do desprestígio da própria ‘fundamentabilidade’. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 36.

¹¹⁶ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 56.

¹¹⁷ SARLET, I. Idem, *ibidem*.

*relevância e prestígio destas reivindicações que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal*¹¹⁸.

Em relação à forma de classificação, MENDES afirma:

*Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (abwehrrechte), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (faktische positive Handlungen) quanto a prestações normativas de índole positiva (normative Handlungen)*¹¹⁹.

Como características, CADEMARTORI elenca as seguintes:

a) podem ser entendidos como prerrogativas que o indivíduo tem em face do Estado, situação que evidencia a compreensão da primazia e superioridade do cidadão em relação àquele;

b) são resultantes de uma concepção individualista da sociedade;

c) são direitos históricos, já que resultam de uma fase com esta nota característica e, além disso, surgem de exigências do homem a cada momento histórico pelo qual passa;

d) não é possível extrair seu fundamento de validade de um dado objetivo da natureza humana,

¹¹⁸ SARLET, I. *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁹ MENDES, G. F. *op. cit.*, p. 36.

mas sim do consenso geral entre os homens, já que freqüenta diversas declarações de direitos;

e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis;

f) são direitos inclusivos, ou seja, não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles¹²⁰.

Além disso, acrescenta MENDES, que:

os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são prima facie direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais. Em outros termos, a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais. Tal como enunciado, os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário, nos planos federal, estadual e municipal¹²¹.

Identifica-se, com isso, a necessidade de se ampliar a compreensão da matéria em tela dentro do concreto alcance que a doutrina tem procurado lhe dar, afastando eventuais entendimentos que não privilegiem esta forma de enfrentar a questão, ou seja, que não entenda como a todos direcionados, seja na esfera do público, seja na esfera do privado.

¹²⁰ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 33-5.

¹²¹ MENDES, G. F. *op. cit.*, p. 211.

2.4. O Quadro Constitucional Brasileiro: Uma Carta do Estado Social Repleta de Direitos

Antes de mais nada, importante se faz situar com clareza o que se compreende como Estado Social, o qual vem na sequência do Estado Liberal, resultado da Revolução Francesa e que tinha por base o individualismo, opondo-se à intervenção do Estado nas relações privadas, preocupado que estava com o absolutismo. Separar poderes e cuidar da liberdade declarando direitos da população era seu objetivo, utilizando-se do direito constitucional como meio para tanto.

Detalhe importante relacionado às facetas da liberdade pleiteada é ressaltado por BONAVIDES, ao resgatar uma das frases com que Rousseau abre sua obra, "*O contrato social*": *O homem nasceu livre e por toda parte se acha escravizado (L'Homme est né libre, et partout il est dans les fers)*, asseverando que *O contrato social sacode o homem do século XVIII com a mesma intensidade com que o Manifesto Comunista abala o século XX*¹²², sendo que neste último, o ponto central de reivindicação não será mais a liberdade política, mas sim a liberdade econômica.

Assevera BONAVIDES:

O Manifesto Comunista, ponto de partida da ideologia de Marx, poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social.

¹²² BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 169.

Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: o espanto de ver o Homem escravizado.

Rousseau vislumbrava a raiz daquele estado de coisas na organização política. Esta seria a base da negação do Homem livre, a causa condicionante que se impunha remover.

Reorganizar o poder nas suas fontes, extrai-lo do povo, de suas nascentes puras, eis o caminho que se fazia mister seguir na filosofia rousсенiana para se acercar do conhecimento e da consagração verdadeira da liberdade.

A enfermidade com Marx deixara de ser política, tomado o adjetivo na sua acepção mais estreita e particular.

Os males sociais são, primeiro de tudo, oriundos de fatores econômicos. O mistério da liberdade, o seu enigma desafiador, não se achava na velha e tradicional ciência política, senão no seio de uma ciência toda jovem, cujo prestígio crescia de maneira irresistível.

Essa ciência fascinante era a Economia política¹²³.

Eis uma das bases da transformação do Estado, o que se verifica de modo concreto no mundo após a década de 30, já que:

O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia¹²⁴.

Vários os países que o adotam, podendo conviver com

¹²³ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 172-3.

¹²⁴ BONAVIDES, P. *Idem*, p. 184.

regimes democráticos ou não, como se verificou no nacional-socialismo da Alemanha nazista e nos demais países da Europa e Estados Unidos, igualmente classificados como “Estados Sociais”, posto que tinham sua economia calcada na chamada “equação Keynesiana”, formulada por John M. Keynes e oferecida ao mundo através de sua obra *“Théorie générale de l’emploi, de l’intérêt et de la monnaie”*. Foi escrita nos anos trinta e:

seu objetivo é elaborar uma teoria do retorno ao pleno emprego para uma economia marcada por elevada taxa de desemprego. Seu ponto de partida: a constatação de que a teoria neoclássica do equilíbrio é incapaz de explicar o forte desemprego permanente e de que os remédios econômicos clássicos se revelam ineficazes para corrigir essa situação. ‘A causa final do nosso estudo’, escreve, ‘é a descoberta dos fatores que determinam o emprego’. Estes estão diretamente ligados, segundo ele, à ‘demanda efetiva’ (a demanda solvente); o desemprego provém de uma insuficiência de consumo combinada com uma insuficiência de investimento. O Estado deve, portanto, desempenhar um papel para estimular estas duas funções, seja diretamente (despesas públicas), seja indiretamente (através, principalmente, da política fiscal e da política do crédito)¹²⁵.

No campo do direito constitucional, evidentemente que tais idéias e mudanças provocaram inúmeros reflexos, como bem identifica OTTO:

Se hace evidente, frente a la teoría clásica, que es precisa la intervención del Estado regulando relaciones tradicionalmente consideradas privadas, como las laborales, o llevando a cabo prestaciones

¹²⁵ ROSANVALON, Pierre. A crise do estado providência. Trad. de João Pimentel Ulhôa. Goiânia: UNB, 1997, p. 38.

*en favor de individuos o grupos que los mecanismos sociales arrojan a la importância. Se trata, en otras palabras, del paso del Estado liberal clásico al llamado Estado del Bienestar, Estado social o Estado intervencionista. El fenómeno se traduce al plano constitucional en la incorporación a Las Constituciones de mandatos de intervención, de preceptos finalistas que, formulados de un modo u outro, pretenden senâlar al Estado objetivos de política económica o social*¹²⁶.

Na base deste movimento, pode-se encontrar o trabalho de LASSALLE¹²⁷, que é quem justamente dá força a compreensão da constituição em sentido sociológico, ou seja, que ela passe a refletir os fatos sociais ocorrentes na sociedade. Assim, novas funções passariam a ser reservadas aos Estados e, em consequência, aos textos constitucionais, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes. Passariam a incorporar direitos sociais.

Contudo, somente com a eclosão da Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm emprestam igual importância que a Revolução Francesa¹²⁸, (fls. 61/62), é que tais idéias ganham o mundo, destacando-se neste grupo o México, que apresenta ao mundo sua Carta Constitucional de 1917 como uma das primeiras a adotar a idéia de uma Constituição do Estado Social.

¹²⁶ OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Barcelona: Ariel, 1998, p. 42.

¹²⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

¹²⁸ HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Especificamente em relação ao direito constitucional brasileiro, BONAVIDES¹²⁹ aponta que três são as fases históricas perfeitamente identificáveis: a primeira, que vai da independência em 1822 até 1889 com a proclamação da república, identifica-se com o constitucionalismo inglês e francês do século XIX, quer pela existência de uma espécie de parlamentarismo, quer pela convivência deste com a tripartição dos poderes e declaração de direitos; a segunda, identifica-se cronologicamente com o período da chamada 1ª República, que se inicia com a adoção desta até a crise política de 1930. É o constitucionalismo norte-americano que merece a nossa atenção, de vez que o presidencialismo e os princípios federativos são adotados plenamente; a terceira, por fim, é a que se inicia naquela década de 30 e ainda permanece nos dias atuais e que tem como fonte de inspiração o direito constitucional alemão, decorrente de seus dois textos, a Constituição de Weimar (1919) e a Lei Fundamental de Bonn (1949), afirmando BONAVIDES que:

em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do Século XIX, refratária

¹²⁹ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 327.

a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.

É o que se percebe pela leitura de uma série de institutos que vieram a se fixar na vida constitucional brasileira, como por exemplo, a submissão da propriedade ao interesse social; a ordem econômica e social; os direitos do trabalhador, como terço de férias, justiça do trabalho, salário mínimo, férias remuneradas, além de outros consagrados em nosso sistema.

Além disso, ou seja, uma declaração de direitos tão extensa – e crescente – outros sinais foram dados com a inserção de modalidades de garantia destes direitos, o que se conclui pela leitura do colocado no parágrafo 1º, do referido art. 5º, onde está dito que *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Igual sinal é dado pela inserção do Mandado de Injunção dentre os remédios constitucionais, o qual será cabível *sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania* (inciso LXXI, do art. 5º, da CF); da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da CF) e, ainda, do mandado de segurança coletivo (art. 5, inciso LXX, da CF).

A esse respeito, e somando-se ainda o fato de que o Constituinte pátrio optou pela imposição de limites materiais ao poder

constituente derivado, o que fez ao colocar dentre as cláusulas pétreas os direitos e garantias fundamentais (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal), afirma SARLET, que com base nisso:

verifica-se que, além de no mínimo uma relativa unidade de conteúdo (ou, se quisemos, de reconhecimento de certos elementos comuns), o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra. É justamente sua autonomia relativa que determina a maneira pela qual se inter-relaciona o sistema de direitos fundamentais com o restante da Constituição, de modo especial com sua parte orgânica e com os dispositivos da ordem econômica e social¹³⁰.

De tudo isso, dúvidas não pairam de que efetivamente a Carta Constitucional de 1988 é uma constituição do Estado Social, com todas as diferenças daí decorrentes, motivo pelo qual é esta a compreensão que deve permear a forma de compreendê-la e, como diz com adequação BONAVIDES:

Em se tratando de Estado Social, concordamos, por inteiro, com Tomand e Franz Horner quando dizem que um dos mais graves problemas do Direito Constitucional decorre do que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem. Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em, como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais

¹³⁰ SARLET, I. *op. cit.*, p. 79.

*para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos*¹³¹.

Ou, ainda, nas palavras de SLAIBI FILHO:

Para o liberalismo, o princípio da legalidade ou de obediência às normas genéricas e abstratas da lei, com a sua aparente neutralidade em face dos conflitos sociais, era suficiente para indicar aos cidadãos que o poder era instrumento de realização do bem comum e que se encontrava acima dos eventuais interesses dos indivíduos e dos grupos.

*Hoje, não basta a legalidade, como princípio objetivo, que deve ser permeada também pelo princípio da legitimidade, ou seja, o exercício do poder só é válido para o cidadão se tem o sentido, estritamente subjetivo, de que serão atendidas as suas necessidades*¹³².

Mais à frente, conclui:

*Às primeiras constituições escritas bastava dispor sobre os direitos individuais, como áreas interditas à atuação do poder, e sobre o modo de estruturação do Estado; a constituição contemporânea não se esgota em tal restrito campo e busca diminuir a distância entre a letra fria do texto magno e a realidade social*¹³³.

Como se vê, não se trata mais de um problema de declarar direitos fundamentais, até porque já se compreende que nem mesmo precisam estar claramente declarados. Mas sim de garanti-los, de torná-los efetivos. O problema é de concretização.

¹³¹ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 338.

¹³² SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 13.

¹³³ SLAIBI FILHO, N. *Idem*, p. 14.

2.5. O Problema da Efetividade das Normas Constitucionais

Como se viu até aqui, uma das fortes características dos Estados atuais é a busca, nos textos constitucionais, da legitimidade perdida em face da crise do poder de regulação pela qual passou a fase meramente legislativa do Estado de Direito. Só a inserção em textos constitucionais poderia dar a segurança necessária. Evidentemente que, como movimento posterior, assistiu-se a uma ampliação das declarações de direitos a tal ponto de superar-se o conceito de constituição dado pelo Estado liberal, a qual era limitada a declarar direitos e separar o poder.

Na versão dada pelo Estado Social, os textos constitucionais vão além, ampliando a compreensão das funções do Estado, não se preocupando apenas em declarar, mas também em concretizar tais direitos, sendo este o principal desafio da atualidade.

Situado o problema desta forma e tratando da questão relacionada às normas jurídicas de forma genérica, tem-se que, qualquer que seja o seu objetivo – organizar o poder ou impor comportamentos – são dotadas de uma característica própria, qual seja, a imperatividade, explicando BARROSO que:

É certo que a imperatividade das regras de direitos nem sempre se manifesta com a mesma intensidade. Com base neste fato, a doutrina classifica as normas jurídicas em duas grandes categorias: a das normas cogentes e a das normas dispositivas. As normas cogentes são preceptivas,

*quando obrigam a determinada conduta, ou proibitivas, quando a vedam. Sua essência reside em impor-se à vontade de seus destinatários, não lhes permitindo regular determinada situação por forma diversa. Não há, nesse caso, margem à vontade individual para convencionar-se distintamente. Ao revés, as normas dispositivas são aquelas que deixam aos destinatários a liberdade de disporem de maneira diversa acerca da situação tipificada na norma, que somente se aplica em caso de obscuridade ou omissão na manifestação de vontade dos interessados*¹³⁴.

Há, apenas e tão somente, uma gradação da imperatividade.

Outro aspecto que merece ser ressaltado, ainda genericamente em relação às normas, é o destacado por BARROSO com auxílio de Miguel Reale, no sentido de que:

*o direito elege determinadas categoriais de fatos humanos ou naturais e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico. Identificam-se, por conseguinte, como realidades próprias e diversas o mundo dos fatos e o mundo jurídico*¹³⁵.

Os fatos jurídicos derivam dos atos jurídicos, o que permite, afirma BARROSO a análise das normas em três planos claramente distintos e inconfundíveis: o da existência, o da validade e o da eficácia, explicando o referido autor, em relação ao primeiro plano que nem todos os fatos da vida passam a compor o mundo dos fatos jurídicos, estando ele justamente relacionado a isto, de modo

¹³⁴ BARROSO, José Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 81.

¹³⁵ BARROSO, J. R. Idem, *ibidem*.

*que a ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito somente se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário*¹³⁶.

Em relação ao segundo plano, tem-se que:

*Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição*¹³⁷.

Mais adiante, é taxativo ao explicar que:

*Dentro da ordem de idéias aqui expostas, uma lei que contraria a constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade*¹³⁸.

Por fim, em relação ao terceiro e último plano, tem-se que:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias.

¹³⁶ BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 82.

¹³⁷ BARROSO, J. R. *Idem*, *ibidem*.

¹³⁸ BARROSO, J. R. *Idem*, p. 83.

Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma¹³⁹.

A partir do aqui colocado, há que se ter presente a necessária distinção entre eficácia jurídica da eficácia social da norma, ou seja, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos (BARROSO, 2000, p. 84), ou como quer SILVA, quando afirma que:

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como razoabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos¹⁴⁰.

Mais adiante é enfático:

O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela

¹³⁹ BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁰ SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 3. tir. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60.

pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, como já anotamos antes¹⁴¹.

Como se pode perceber, o direito efetivamente existe para que haja a realização de algo, não se podendo admitir preceitos meramente ilustrativos, especialmente pelos aspectos ressaltados e que privilegiam a imperatividade e a eficácia das normas.

Esta conclusão igualmente (e especialmente) se aplica ao campo do direito constitucional, ficando rejeitada a idéia:

de que o direito constitucional seria um direito sem sanção. Justamente ao contrário, as normas constitucionais, tal como as demais, articulam-se usualmente na dualidade típica preceito e sanção, quer este resulte diretamente da regra, quer deflua do sistema em seu conjunto. É precisamente a presença da sanção que garante a eficácia de uma norma jurídica, ensejando sua aplicação coativa quando não é espontaneamente observada. Admitir-lhe a ausência importaria em recair na tese retrógrada das normas constitucionais não jurídicas¹⁴².

É SILVA quem alerta, ainda, que:

As relações de direito constitucional são relações de poderes entre si e entre estes e sujeitos privados (indivíduos, grupos, etc.), estabelecendo direitos, obrigações e deveres de natureza pública,

¹⁴¹ SILVA, J. A. *op. cit.*, p. 66.

¹⁴² BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 87.

mediante normas que, por princípio, não deixam margem à atuação da vontade dos agentes constitucionais. Normas que são, por isso, irrenunciáveis ou inderrogáveis, embora, como veremos, haja possibilidade de uso do poder discricionário, com base em normas de aplicação facultativa, tais as que admitem a celebração de convênios para certos fins (art. 155, parágrafo 2º, VI e XII, "g", por exemplo) e as que outorgam certas competências sem obrigar o seu exercício. Mas essas normas não são facultativas no sentido das permissões do direito privado, pois, ao facultarem um modo de agir, excluem qualquer outro (assim, os Estados não são obrigados a decretar os impostos de sua competência, mas estão impedidos de criar outros) ou vedam a obtenção dos fins nelas previstos de outro modo que não na forma, limites e condições que autorizam (assim, só é facultado a Estados e Distrito Federal deliberar sobre isenção, incentivos e benefícios fiscais na forma estabelecida em lei complementar, conforme os incisos VI e XII, "g"). No fundo, portanto, essas normas facultativas afiguram-se tão vinculantes como as demais. E um ato ou lei que estatua de outro jeito será fulminado de inconstitucionalidade¹⁴³.

Como se vê, as normas constitucionais, como qualquer outra norma:

contém um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-

¹⁴³ SILVA, J. A. Aplicabilidade das normas constitucionais. p. 71.

*as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico*¹⁴⁴.

Por tudo o que foi até aqui colocado, possível é classificá-las quanto à sua eficácia e aplicabilidade, sendo a mais clássica entre nós conhecida aquela fornecida por SILVA, para quem dividem-se em:

1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, que são aquelas que 'desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular';

2) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição, que 'são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados' e, por fim,

3) normas de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo, que são aquelas "através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei e as definidoras de princípio programático, que são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas

¹⁴⁴ BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 78.

*atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*¹⁴⁵.

Outra classificação nos é oferecida por BARROSO, o que faz com o objetivo de *reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da lei fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário, notadamente no que diz respeito aos comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo*¹⁴⁶, sendo inegável o fato de que:

*no Estado Moderno se tem dilargado progressivamente as matérias que recebem assento constitucional. Tal fenômeno, que é ambíguo quanto as suas causas e efeitos, guarda a face virtuosa de incorporar ao texto constitucional elementos, direitos e institutos não contemplados numa superada visão 'liberal' do Estado; na face reversa, contudo, tem acarretado uma vulgarização da Carta Política, pela inserção de regras menores, regulamentares, esvaziando a solenidade e permanência da Lei Maior*¹⁴⁷.

Atento a isto, oferece uma classificação das normas constitucionais:

1) *normas constitucionais de organização, que são aquelas 'que têm por objetivo organizar o exercício do poder político';*

2) *normas constitucionais definidoras de direitos, que são aquelas que "têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos e, por fim,*

3) *normas Constitucionais programáticas, que são aquelas que 'têm por objeto traçar os fins*

¹⁴⁵ SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 101-138.

¹⁴⁶ BARROSO, J. R. *op. cit.*, p.93.

¹⁴⁷ BARROSO, J. R. *Idem*, p. 94.

*públicos a serem alcançados pelo Estado*¹⁴⁸.

Inegavelmente é em relação a este conjunto que há a maior divergência na doutrina, podendo-se afirmar, contudo, que:

*A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam com enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam*¹⁴⁹.

No mesmo sentido é a lição de MIRANDA ao classificar as normas programáticas em comparação às normas preceptivas, que são aquelas de eficácia incondicionada. Para ele:

entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento. São normas umas e outras jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade. Isto é verdadeiro tanto no plano do sistema constitucional quanto no plano de cada norma tomada por si. No plano do sistema, na medida em que as normas programáticas dele participam como quaisquer outras e para ele contribuem através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam; e, assim como recebem o influxo das normas preceptivas,

¹⁴⁸ BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁹ BARROSO, J. R. *Idem*, p. 118.

também as não podem deixar de influenciar. No plano de cada norma isoladamente considerada, pois nenhuma deixa de revestir – sejam quais forem os critérios perfilhados – força jurídica e pode haver até normas em parte, preceptivas e, em parte, programáticas¹⁵⁰.

A respeito de seus efeitos, pode-se afirmar que separam-se em dois tipos: imediatos e diferidos, sendo que:

neste segundo grupo, em que a produção de resultados é transposta para um momento futuro, o controle exercitável sobre a efetivação da norma é frágil. Isto porque, dependendo a realização do comando constitucional de uma atividade estatal, a ser desenvolvida segundo critérios de conveniência e oportunidade, a discricionariedade de tal competência exclui a intervenção judicial para sua concreção efetiva¹⁵¹.

Diversa a situação em relação aos efeitos imediatos, cujo cumprimento é desde logo verificável, como bem explica BARROSO:

As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente.

Delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua

¹⁵⁰ MIRANDA, J. *op. cit.*, p. 246.

¹⁵¹ BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 119.

estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, atípico, elas invalidam determinados comportamento que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la¹⁵².

Por derradeiro, ainda em relação à norma programática, importante frisar que:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao 'seguro desemprego' em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito, tutelável consoante os fundamentos que pouco mais adiante serão expostos. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na 'desproteção' da família¹⁵³.

Identificar estas situações é que é o essencial, especialmente quando se trata de buscar corretamente o que pretendeu o legislador constituinte.

¹⁵² BARROSO, J. R. *op. cit.*, p. 119.

¹⁵³ BARROSO, J. R. *Idem*, p. 120.

CAPÍTULO III

O GARANTISMO COMO RESPOSTA

3.1. Teoria Geral e Base para Surgimento

Como se viu até o momento, apesar da tentativa de reduzir o papel do julgador a de mero aplicador da lei, sem qualquer questionamento dos critérios de justiça do direito positivado, várias as possibilidades que a teoria do direito oferece para a busca de uma postura *avant garde*, onde ele exerça o papel de realizador da constituição, assim como os demais membros das outras estruturas do Estado, atendendo ao princípio da razoabilidade, segundo o *qual as normas infra-constitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados (razoáveis), aos fins estabelecidos na constituição*¹⁵⁴.

É a supremacia da Constituição não só para controle da constitucionalidade dos atos normativos, mas também para sua realização, sendo oportuno recordar as palavras de Jorge Miranda, que ensina:

(...) todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma

¹⁵⁴ SLAIBI FILHO, N. *op. cit.*, p. 40.

função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligadas a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a constituição é ainda realizar a Constituição¹⁵⁵.

Sobre este assunto, HESSE ensina, ao tratar da “Constituição Real” e da “Constituição Jurídica”, que estas encontram-se:

em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição Jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado. A constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia¹⁵⁶.

Exposta a situação por este ângulo, e identificado que o problema está *em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer o inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos¹⁵⁷*, cuidadoso exame merecem as idéias de Luigi Ferrajoli, exposta em seu trabalho “Diritto e Ragione”, publicada na Itália em 1989, e traduzida para espanhol em 1995, lembrando CADEMARTORI, que:

Esse autor é membro aposentado da magistratura italiana e professor da Universidade de Camerino (Itália), tendo sido, na década de 70,

¹⁵⁵ MIRANDA, J. *op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁶ HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 16.

¹⁵⁷ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. p. 338.

*um dos expoentes da chamada 'jurisprudência alternativa', a qual propugnava a interpretação da lei conforme a constituição, atacando assim o dogma da sujeição cega do juiz à lei. O livro é dedicado, em sua maior parte, à teoria penal do garantismo, sendo que, nos dois capítulos finais (13 e 14) constrói uma teoria geral garantista que, como acima se disse, apresenta suficiente aptidão para dar conta do modelo de Estado e propor um resgate de sua legitimação*¹⁵⁸.

Como bem coloca CARVALHO:

*como discurso de resistência às novas tendências transnacionais no ramo do controle social; reflexo da reengenharia político-econômica, exsurge a teoria garantista enquanto possibilidade crítica de retomada da luta pelos direitos humanos. Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações do direito e do Estado presentes nos modelos genocidas e totalitários (...)*¹⁵⁹.

Para chegar a ela, (FERRAJOLI apud OLIVEIRA) identifica três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito, sendo que a primeira é a crise da legalidade, *ou seja, do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder. O segundo aspecto é o da inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do*

¹⁵⁸ CADERMATORI, S. *op. cit.*, p. 72-3.

¹⁵⁹ CARVALHO, Salo. **Garantismo e sistema carcerário**: Crítica aos fundamentos e a execução da pena privativa de liberdade no Brasil. Tese. 2000. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 116.

seu caráter seletivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social, que muda violentamente as funções do Estado de Direito, já que, ao invés das tradicionais prestações negativas impostas ao estado liberal, surgem as prestações positivas no campo dos direitos sociais. O terceiro e último aspecto da crise, está ligado à própria crise do Estado Social, a qual se manifesta:

na deslocação dos lugares da soberania, na alteração do sistema das fontes e, portanto, num enfraquecimento do constitucionalismo. O processo de integração mundial, e especificamente europeia, deslocou para fora das fronteiras dos estados nacionais as sedes de decisão tradicionalmente reservadas à sua soberania: em matéria militar, de política monetária e de políticas sociais¹⁶⁰.

Dito isto, que segundo FERRAJOLI está presente em todas as democracias avançadas, ressalta ele que na sua base:

se encuentra la confusión entre democracia y principio de mayoría, explícitamente profesada por muchos hombres de gobierno. Así, la democracia no sería más que el poder de la mayoría legitimado por el voto popular, de manera que todo le estaría consentido a la mayoría y nada que no fuera, directa o indirectamente, querido o mediado por ésta sería democráticamente legítimo. Semejante concepción politicista de la democracia ignora la que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluyendo el legislativo, y su funcionalización a la

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. (org.) **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90.

*tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados*¹⁶¹.

É nesta primazia da Constituição como sistema de limites e vínculos para a maioria, ensina FERRAJOLI, que se deve reconhecer uma dimensão essencial da democracia, não menos importante que sua dimensão política, sendo justamente isto que, na parte final de sua obra, tratando da teoria geral do garantismo, chama de dimensão substancial, em contraposição a dimensão meramente formal, sendo aquela constituída:

*precisamente, por el principio de mayoría, porque, en efecto, gracias a ella el derecho vincula a los poderes públicos no sólo el lo relativo a la forma de su ejercicio, o sea, a los procesos de toma de decisiones, sino también en su sustancia, es decir, en lo que se refiere a los contenidos que las decisiones no deben o deben tener*¹⁶².

Mais adiante, com propriedade, conclui:

*Estos vínculos de sustancia no son otra cosa que las garantías de los derechos fundamentales, desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales, cuya estipulación ha introducido, en la estructura misma del principio de legalidad propio del actual estado constitucional del derecho, una racionalidad sustancial que se ha añadido a la racionalidad formal propia del viejo positivismo jurídico y del paradigma roussoniano de la democracia política, basados ambos en la omnipotencia del legislador de mayoría*¹⁶³.

A base de direito penal do seu pensamento, acaba por levar

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 11.

¹⁶² FERRAJOLI, L. Idem, ibidem.

¹⁶³ FERRAJOLI, L. Idem, p. 12.

à proposta da já referida “teoria geral do garantismo”, não se esquecendo que a divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores foi justamente o campo onde se desenvolveu a idéia do “garantismo”.

Nas palavras de FERRAJOLI:

La orientacion que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de 'garantismo' nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado e alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático¹⁶⁴.

A partir daí FERRAJOLI propõe a compreensão da palavra “garantismo” em três concepções diversas, suscetíveis de serem trasladadas para todos os campos do conhecimento jurídico.

A primeira delas, decorre do entendimento de garantismo como um modelo normativo de direito, já que justamente é a partir do direito penal que representa a idéia de estrita legalidade, própria do estado de direito; a segunda, representa a aceção do termo garantismo como uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas entre si, e também da vigência ou existência das normas. Ou seja:

la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el "ser" y el "deber ser" en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central la

¹⁶⁴ FERRAJOLI, L. *op. cit.*, p. 851.

*divergência existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente gárantistas y praticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia - dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica - que subsiste entre validez (e ineffectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas*¹⁶⁵.

Por fim, a terceira acepção garantismo designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao estado uma carga de la *justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantia constituye precisamente la finalidad de ambos*¹⁶⁶.

Resumindo este aspecto, e justificando a afirmação inicial de que tal serve para uma “teoria geral do garantismo”, FERRAJOLI explica:

Estas tres acepciones de 'garantismo', de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoria general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y ponto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia e validez; la autonomia y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes com respecto a él.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 852.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 853.

Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad - de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral - estructuralmente análogos ao penal aquí elaborado¹⁶⁷.

É e, como se vê, desta identidade estrutural que torna-se possível a ampliação para os mais diversos campos do direito e que passam, na atualidade, pelos mesmos problemas.

3.2. Três Concepções da Palavra ‘Garantismo’

3.2.1. Primeira Concepção: Um Modelo Normativo de Direito

Nesta formulação, o que sobressai é a manifestação do termo “garantismo” como uma manifestação de outra idéia do direito moderno, que é o Estado de Direito, o qual, já se disse antes, tem sua formulação principal nas idéias de Platão e Aristóteles, pensadores que defendiam a idéia de que, melhor que um governo de homens, era um governo de leis. Várias as roupagens assumidas ao longo dos anos, passando pelas revoluções norte-americana e francesa, culminando com o modelo hoje existente, ao qual se aplica a distinção entre governo sub lege e governo per leges, exemplificando FERRAJOLI,

¹⁶⁷ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 854.

após afirmar que ambas as situações se aplicam no campo do direito penal, onde Estado de Direito designa as duas situações:

*el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto sub lege por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejercita per leges; y el poder legislativo se ejercita per leges en cuanto a su vez está sub lege, es decir, está prescrita por ley constitucional la reserva de ley general y abstracta em materia penal*¹⁶⁸.

Quanto ao poder sub lege, importante frisar ainda que dois podem ser os sentidos de sua compreensão, a saber: um sentido fraco, lato ou formal, onde está compreendido que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e pelos procedimentos por ela estabelecidos; um sentido forte, restrito ou substancial, de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só suas formas, mas também seu conteúdo.

Eis um momento importante para a compreensão da teoria garantista e como pode ela oferecer uma nova postura ao operador do direito, especialmente no campo que aqui se pretende explorar, qual seja, o da atividade jurisdicional, já que:

El término 'estado de derecho' se usa aquí en la Segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de 'garantismo'. Por eso designa no simplemente un 'estado legal' o 'regulado por la ley', sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público - legislativo, judicial y administrativo - está subordinado a leyes

¹⁶⁸ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 856.

generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de esse carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial¹⁶⁹.

A primeira das situações trata da legitimidade formal, ao passo que a segunda trata da legitimação substancial, sendo que justamente por força disto, ou seja, destas duas fontes, é que os atos estão limitados, não só no tocante à sua forma, mas também no que se refere ao seu conteúdo. Se violados, levam à invalidade do ato.

Em relação a isto, ressalta FERRAJOLI¹⁷⁰ que esta distinção entre legitimidade formal e legitimidade material é essencial para aclarar a compreensão da relação entre democracia política e estado de direito, sendo que a primeira (formal) faz referência a forma de governo e a segunda (substancial) a estrutura de poder.

Explicando melhor, pode-se afirmar que FERRAJOLI pretende relacionar que as normas que tratam da forma de expressão

¹⁶⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p.857.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 858.

da vontade popular, definindo quem será eleitor, como será o voto, a eleição dos parlamentares e governantes, são normas que tratam da democracia política, donde quanto mais abrangente for o sistema, mas democrático ele será.

As outras, quais sejam, as que tratam de garantir os direitos dos cidadãos, estabelecendo o respeito a liberdade pessoal e de reunião, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, ou ainda, as obrigações do Estado de reduzir as desigualdades sociais, promover condições para desenvolvimento do trabalho digno, assegurar saúde e educação, são regras que estão relacionadas ao Estado de Direito, asseverando FERRAJOLI que:

*Puede añadirse que habitualmente la violación de las reglas del primer tipo es causa de inexistencia o falta de vigencia, mientras que la de las reglas del segundo tipo es causa de invalidez de las normas producidas; y que la característica estructural del estado de derecho respecto al mero estado legal es la posible divergência entre validez e vigencia, o sea, la existencia de normas vigentes pero inválidas por ser conformes a las reglas del primer tipo pero no a las del segundo*¹⁷¹.

Ou seja: há apego ao aspecto formal, abandonando-se o aspecto substancial, caindo a norma no vazio, ficando sem qualquer aplicabilidade.

Outro aspecto importante a ser ressaltado deste ponto do trabalho de FERRAJOLI é no que pertine as relações entre a maioria e

¹⁷¹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 858.

minoría nos estados democráticos, afirmando que *La primera regla de todo pacto constitucional sobre convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría*¹⁷².

Esta é a concepção resultante do pacto firmado nas sociedades, havendo a garantia de um espaço indiscutível, que vem a ser o lugar dos direitos fundamentais do homem que, com o passar dos tempos, acabou por ser constitucionalizado, especialmente em decorrência do advento do Estado Social, posterior ao Estado Liberal, afirmando FERRAJOLI:

*Podemos por tanto caracterizar al estado liberal como un estado limitado por normas secundarias negativas, es decir, por prohibiciones dirigidas a sus órganos de poder; y al estado social o socialista, como un estado vinculado por normas secundarias positivas, es decir, por mandatos igualmente dirigidos a los poderes públicos. La técnica garantista es siempre la de la incorporación limitativa de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento: la declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, repetimos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del estado*¹⁷³.

Como bem resume CADEMARTORI:

Esse modelo permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais. A partir daí, poderá

¹⁷² FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 859.

¹⁷³ FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 862.

*inferir-se o grau de garantismo do referido sistema, ou seja, o grau de efetividade da norma constitucional*¹⁷⁴.

3.2.2. Segunda Concepção: Uma Teoria Jurídica da Validade, da Efetividade e da Vigência das Normas

Como já ficou evidente linhas atrás, o garantismo não está fora do horizonte do positivismo jurídico, afirmando FERRAJOLI a esse respeito:

*Es claro que, com respecto a esta experiencia, la positivación o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico. La naturaleza jurisprudencial y doctrinal del derecho válido y su identificación con el derecho natural o con la justicia se resolvían de hecho, no obstante la aparente racionalidad, en una total incertidumbre y arbitrariedad del derecho vigente. La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma 'legal', 'convencional', o 'artificial', es decir, 'positiva', del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas*¹⁷⁵.

É o princípio da legalidade, que passa a representar um postulado jurídico dos mais importantes, senão fundamental, para o positivismo justamente na medida em que impede o arbítrio, característico do período do absolutismo. Contudo, propõe FERRAJOLI a ampliação da sua compreensão para além do aspecto formal:

¹⁷⁴ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p.76.

¹⁷⁵ FERRAJOLI, S. *Derecho y razón*. p. 869.

*Em dos sentidos, que después corresponden a los modelos de legalidad (lata y estricta) y de legitimación (formal y sustancial) en los que aquí se ha articulado el principio: por una parte, en el sentido de que la (mera) legalidad, como fuente (formal) de la vigencia de las normas jurídicas, es una garantía de certeza y, por tanto, de libertad frente a los poderes, que si no actuarían sin freno; por outra parte, en el sentido de la (estricta) legalidad, como fuente (sustancial) de la validez de las normas mismas, constituye una técnica de positivación y de estabilización de los derechos fundamentales de los ciudadanos apta a hacer funcional a su satisfacción y tutela el 'artificio' estatal, que si no sería 'absoluto'.*¹⁷⁶

Tal compreensão abre caminho para a distinção entre validez e validade, situação que serve para resolver o problema da existência de normas inválidas, sendo que:

*a que podemos chamar a vigência ou existência, que respeita à forma dos atos normativos e que depende de sua conformidade ou correspondência com as normas formais sobre a sua formação; e a validade propriamente dita ou, se se trata de leis, a 'constitucionalidade', que se refere ao seu significado ou conteúdo e que depende da sua coerência com as normas substanciais sobre a sua produção*¹⁷⁷.

Em resumo, tem-se que:

o pano de fundo teórico-geral do garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):

a) uma norma é 'justa' quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-política (logo, extrajurídico);

¹⁷⁶ FERRAJOLI, S. *Derecho y razón*. p. 870.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, S. apud OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *O novo em direito e política*. p. 96.

b) uma norma é 'vigente' quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é 'válida' quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é 'eficaz' quando é de fato observada pelos destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

A relevância dessa distinção jaz no fato de que estas quatro qualidades das normas são totalmente dissociadas entre si; e a finalidade da distinção é justamente salientar essa dissociação, em particular, aquela entre vigência e validade¹⁷⁸.

Como se vê, neste segundo entendimento da idéia de garantismo, exsurge uma preocupação não só com o aspecto legal da norma, mas também com seu aspecto material, substancial, como forma de garantir a realização dos direitos fundamentais do cidadão, ou como diz o próprio FERRAJOLI:

Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos – cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible¹⁷⁹.

¹⁷⁸ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 79.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 874.

3.2.3. Terceira Concepção: Uma Doutrina Filosófica-Política

Como já se viu, pela primeira das concepções, veio à tona a idéia de que o termo “garantismo” designa um modelo de ordenamento dotado de meios para invalidar todo exercício de poder em contraste com as normas superiores editadas com a finalidade de proteger direitos fundamentais. Pela segunda, vê-se a compreensão do termo como uma teoria jurídica capaz de produzir a crítica que resulta na deslegitimação interna das normas vigentes inválidas, sendo que agora, na terceira concepção do termo, tem-se que esta designa uma doutrina filosófica-política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, conforme a rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça ou, ainda, entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo do ordenamento¹⁸⁰.

Para ele, neste sentido o garantismo consiste em uma idéia de que o Estado serve de meio para a realização dos direitos fundamentais, ou seja:

consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por outra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del

¹⁸⁰ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 880.

*estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales*¹⁸¹.

Trata-se de entender que o ponto de vista externo:

*quiere decir sobre todo pundo de vista de las personas. Su primacia axiológica, em consecuencia, equivale a la primacia de la persona como valor, o sea, del valor da la persona, y, por tanto, de todas sus específicas y diversas identidades, así como la variedad y pluralidad de los puntos de vista externos expressados por ellas. Es el valor sobre el que se basa la moderna tolerancia: que consiste en em respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista (...)*¹⁸².

3.3. O Papel do Juiz Sob a Ótica Garantista

Como se objetivou delinear até o presente momento, possível visualizar nesta teoria uma proposta de nova postura ao operador do direito, no caso específico, ao julgador, oferecendo através do garantismo uma possibilidade de resgate dos direitos, em sua maioria declarados, mas não efetivados, problema maior enfrentado pela teoria do direito na atualidade.

Como afirma o próprio FERRAJOLI apud OLIVEIRA:

os desníveis entre as normas, que estão na base da existência de normas inválidas e, por outro lado, a incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais alteram a relação entre o juiz e a lei e atribuem à jurisdição um papel de garantia

¹⁸¹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. p. 884.

¹⁸² FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 906.

*do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos*¹⁸³.

Como já dito linhas atrás, partindo da análise do texto constitucional pátrio, possível perceber que o constitucionalismo brasileiro pode ser dividido em três momentos históricos, claramente identificados por BONAVIDES¹⁸⁴: o primeiro deles, que vai de 1822 até 1889 (da proclamação da independência até a república), onde prepondera o modelo francês e inglês do século XIX; o segundo, que se inicia com a proclamação da República e termina em 1930 com a instalação de um governo provisório, onde a característica fundamental é a aproximação com o constitucionalismo norte-americano e seu presidencialismo e, por fim, o terceiro, que se inaugura com o governo de 1930 e encontra sua razão de ser no modelo alemão, especialmente na Constituição de Weimar e na Lei Fundamental de 1949 (em menor grau por ser mais recente).

Neste período há a *penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no país* princípios estes que *consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes*¹⁸⁵.

¹⁸³ FERRAJOLI, S. apud OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *O novo em direito e política*. p. 100.

¹⁸⁴ BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. p. 327.

¹⁸⁵ BONAVIDES, P. *Idem*. p. 332.

Visto isso, vale repetir a ensinança de BONAVIDES no sentido de que:

*em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional*¹⁸⁶.

Como se vê, dúvidas não pairam de que a Carta de 1988 deve ser classificada como uma verdadeira Constituição do Estado Social, impondo a busca de meios para solucionar a divergência apontada por FERRAJOLI apud OLIVEIRA, no tocante à incorporação de direitos fundamentais em nível constitucional e a existência de normas que os contrariam e, por isso, inválidas.

Na sua proposta, visualiza-se uma profunda alteração do que serve de paradigma à atividade jurisdicional, como que alterando o rumo do julgador: do apego à letra da lei, para a observância dos direitos fundamentais.

Como bem diz FERRAJOLI apud OLIVEIRA:

É nesta sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque

¹⁸⁶ BONAVIDES, P. Do estado liberal ao estado social. p. 333.

os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade endroits: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes¹⁸⁷.

Vale dizer: o pensamento da maioria não é parâmetro para as decisões do juiz, posto que vínculo a ela tem as demais estruturas do poder que se submetem a tal regra o tempo todo, ou seja, desde sua eleição para os cargos (executivo e legislativo) até o desenvolvimento da atividade.

Como assevera o próprio FERRAJOLI apud OLIVEIRA:

Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sobre os quais se baseia aquilo a que chamamos 'democracia substancial'. Neste sentido, os princípios de igualdade e de legalidade conjugam-se – como a outra face da mesma moeda – com o segundo fundamento político da independência do juiz: a sua função de averiguação, segundo as garantias de um processo justo, da verdade processual.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, S. apud OLIVEIRA JUNIOR, J. A. O novo em direito e política. p. 101.

Aqui, de novo, o princípio da maioria não tem cabimento. Mais: ele não só é estranho, mas está em contradição com o específico fundamento da legitimação do Poder Judiciário. Nenhuma maioria pode tornar verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem por isso pode legitimar com o seu consenso uma condenação infundada, porque pronunciada sem provas¹⁸⁸.

Ao judiciário, para bem da democracia, cabe a manutenção das fronteiras entre a área do possível a esta maioria e a área dos direitos fundamentais, impossível de ser atingida até mesmo pela própria maioria quando assim pretenda. Se assim não for, os direitos da minoria, enquanto assim permanecer, poderão ser violados a todo o momento.

3.4. Os Direitos Fundamentais Como Parâmetro: A Identificação Segundo Ferrajoli

Mesmo sendo uma teoria calcada em princípios essencialmente democráticos, há quem entenda que ela possui uma área sem resposta clara, qual seja, a da definição de qual o conteúdo dos direitos fundamentais, categoria esta concretamente gera dúvidas reconhecidas pela doutrina, como se vê do pensamento de ALEXI, que afirma:

El derecho fundamental como um todo es un objeto muy complejo pero, em modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos com una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas

¹⁸⁸ FERRAJOLI, S. apud OLIVEIRA JUNIOR, J. A. Idem, p. 102.

*posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de medio/fin y de ponderación. Esto no significa que no pueda ser objeto de discusión qué es lo que hay que ensamblar en un derecho fundamental como un todo. La polémica acerca de qué es lo que pertenece a un derecho fundamental tiene su **pendant** en la polémica acerca de qué normas deben ser adstritatas a las disposiciones iusfundamentales en tanto normas de derecho fundamental¹⁸⁹.*

A esse respeito, e especificamente em relação às idéia de FERRAJOLI, MAIA¹⁹⁰ a questiona sob o aspecto de que *apesar de uma teoria firmemente comprometida com ideais democráticos, há que ser feita a seguinte pergunta ao Prof. Ferrajoli: como fixar um conteúdo ao que seja um direito fundamental?*, indagação que procura fomentar mais adiante ao afirmar que:

o Prof. Cláudio Souto, da Universidade Federal de Pernambuco, coloca este problema na teoria sociológica do direito com muita lucidez, o que é, sem dúvida, um grande desafio aos teóricos, sociólogos e filósofos do direito. A tentativa do Prof. Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracteriza efetivamente os direitos fundamentais. Logo, em verdade, há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los.

Não se nega uma base para a preocupação acima externada, o justifica a atenção que lhe é dirigida. Contudo, este ponto é esclarecido por FERRAJOLI apud OLIVEIRA, quando trata da

¹⁸⁹ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 245.

¹⁹⁰ MAIA, Alexandre. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Notas preliminares*. Disponível em <www.jus.com.br/doutrina/garantis.html>. Acesso em: 27/09/2000.

inovação produzida pelo garantismo ao propor uma compreensão da dimensão substancial do Estado de Direito, que traduz uma dimensão substancial da própria democracia.

Para ele:

os direitos fundamentais, de fato, formam a base da moderna igualdade, que é precisamente uma igualdade en droits, na medida em que exibem duas características estruturais que os diferenciam de todos os outros direitos, a começar pelo de propriedade: antes de mais, a sua universalidade, pois respeitam a todos em igual medida, contrariamente aos direitos patrimoniais, que são direitos excludendi alios, dos quais um sujeito pode ser ou não ser titular e dos quais cada um é titular com exclusão dos outros; em segundo lugar, a sua indisponibilidade e inalienabilidade, quer ativa quer passiva, que os subtrai ao mercado e à decisão política, limitando a esfera do decidível de um e de outra e vinculando-se à sua tutela e satisfação¹⁹¹.

Mais adiante, conclui:

Desse modo, os direitos fundamentais configuram-se como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política: vínculos negativos, os gerados pelos direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. E a democracia política, como de resto o mercado, acaba por identificar-se com a esfera do decidível, por eles delimitada e vinculada. Nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do indecidível que e do indecidível que não;

¹⁹¹ FERRAJOLI, S. apud OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *op. cit.*, p. 98.

*e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões*¹⁹².

CADEMARTORI bem interpreta este pensamento:

*Como diz Ferrajoli, os direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições ao estado, não tem o seu conteúdo predeterminado, nem é o mesmo determinável a priori. Aqui o que é determinado são os limites para o seu exercício (a proibição de caluniar ou difamar no exercício da liberdade de expressão, por exemplo), ou as condições que legitimam a sua limitação (ordem motivada da autoridade judiciária). Já nos direitos sociais são determináveis os conteúdos, mas não os limites (sempre poderão surgir novos direitos desse tipo, dependendo das circunstâncias históricas de cada sociedade, bem como de seu desenvolvimento econômico e civil). E é pelo grau e quantidade das garantias adstritas a esses direitos que se pode medir a qualidade de uma democracia*¹⁹³.

Diante do colocado, percebe-se que realmente há dificuldades em elencar e classificar os direitos fundamentais, vez que a cada dia que passa, maior o número daqueles pleiteados pelos homens. Mas, entretanto, um caminho é oferecido pelas opiniões lançadas acima, especialmente quando identificam tal categoria de modo genérico, sem deixar de possibilitar sua delimitação, permitindo localizar com clareza seu conteúdo.

Se os problemas principais do homem na história da sociedade sempre foram gerados pelo excesso de poder de alguns à frente do comando dos Estados, ou pelo excesso de riqueza de alguns

¹⁹² FERRAJOLI apud OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *op. cit.*, p. 98.

¹⁹³ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 85.

em detrimento da miséria de outros, possível afirmar que há um campo intocável: a liberdade e os direitos de sobrevivência e de desenvolvimento da vida humana.

Aqui é que CADEMARTORI¹⁹⁴, na esteira do pensamento de FERRAJOLI, registrou e merece ser lembrado: a uma, que o conteúdo das prestações negativas do Estado (o que não pode fazer frente ao homem) é indeterminado, mas, todavia, balizado, ou seja, tem o seu campo pré-determinado (tudo pode o particular, ao contrário do Estado, que somente poderá se autorizar por lei); a duas, que o conteúdo das prestações positivas do Estado é determinável pelas necessidades do homem, e seu campo é ilimitado, balizando-se por aquilo que é o necessário, nada além disso.

¹⁹⁴ CADEMARTORI, S. *op. cit.*, p. 85.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, o Poder Judiciário e suas estruturas sofrem um profundo abalo na atualidade, o que pode ser constatado a partir de uma série de fatos, que vão desde os frequentes ataques oriundos de diversos setores da sociedade, até a formação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal a fim de apurar irregularidades praticadas por seus membros, não só na administração dos recursos, mas também em razão da atividade como magistrados.

Um dos motivos que pode ser apontado na tentativa de buscar uma explicação para este quadro caótico, é o distanciamento vivenciado pela magistratura em relação aos pleitos da população, formulados com base em necessidades ditadas pelo mundo atual, especialmente no campo econômico em relação ao Estado e que, frequentemente, não merecem a atenção devida. Quando cobrados pela ausência de justiça em suas decisões, afirmam: a culpa é do legislador, que é quem faz a lei. Ao juiz cabe aplicá-la.

Tal postura, extremamente cômoda, acabou por reservar ao juiz uma posição defensiva e secundária na condução dos problemas do Estado Contemporâneo, como se não fosse sua a responsabilidade

pelas injustiças do sistema, nem sempre comprometidos com os direitos fundamentais do homem, aqui compreendidos numa dimensão ampla, qual seja, a de que todos tem direito a liberdade e a satisfação dos direitos sociais, sendo que nenhuma maioria poderá violar tal regra.

A postura conservadora e resultante do Estado Liberal advindo da Revolução Francesa tinha sua justificativa de ser, posto que o principal problema ocorrente na época era a falta de liberdade política. O homem nasceu livre e por toda parte se acha escravizado (*"L'Homme est né libre, et partout il est dans les fers"*), como bem disse ROUSSEAU ao iniciar sua obra *"O Contrato Social"*, a qual forneceu um importante elemento para a solução do problema: a lei é a decisão do povo inteiro (vontade geral), decidindo sobre todos por meio de normas gerais e comuns, não havendo como, por este motivo, ser injusta.

Outra solução adveio das idéias de Montesquieu, com sua obra *"De L'Esprit des Lois"*, da qual resultou o modelo conhecido como tripartição das funções do Estado, reservando a um deles a condução das linhas políticas definidas, a outro a edição das normas e, a um terceiro, o de julgar os conflitos surgidos.

Estava fechado o cerco ao absolutismo: de um lado o poder dividido em três esferas independentes e harmônicas e, de outro, somente o que estava escrito é que valia como direito.

Passados mais de duzentos anos, algo mudou.

A visão do Estado como mal necessário foi parcialmente abandonada, imputando-lhe posturas e ações positivas, devendo intervir em campos antes apenas reservados ao privado. Esta certa publicização adveio com a concepção de Estado Social, clamor resultado de outra luta de igual importância àquela travada pelos revolucionários da França de 1789: a pela liberdade econômica, que oprimia o homem tanto quanto o fez a falta de liberdade política de antes.

Ao lado disso, a idéia de Estado de Direito já se apresentava contaminada pelo germe da sua utilização não em nome dos direitos fundamentais do homem, mas sim em nome de racionalidades diversas, como, por exemplo, a supremacia do mercado ou a visão de um individualismo exacerbado, desprovido de fraternidade e limitado à uma idéia de igualdade apenas formal, relegando-se a material à segundo plano.

Em meio a isto, emerge um novo paradigma: a Constituição, norma fundamental de um Estado, representação maior da soberania do povo e síntese das forças atuantes na sociedade, a qual sai da sua função, até então tradicional, de apenas regular o poder e declarar direitos oponíveis contra o Estado (visão negativa), para ampliar estas declarações, incluindo direitos sociais que visam atender às necessidades básicas do homem, cada vez maiores em uma

sociedade em que a questão econômica assume uma amplitude cada vez maior.

É o triunfo do Estado Constitucional de Direito.

Por tudo o que foi dito, possível visualizar que a postura até então tida como a única e mais correta ao julgador, especialmente no sentido de que a injustiça da norma não é culpa sua, não cabendo a ele perquirí-la, perde força, impondo-lhe um novo parâmetro: a observância dos direitos fundamentais, a investigação da lei em outras esferas além das tradicionais, cabendo a ele observar a justiça da mesma (critério de valoração ético-político); a vigência (se é despida de vícios formais), a validade (se está imunizada contra vícios materiais) e, por fim, a eficácia (quando é observada pelos destinatários).

É o que propõe Luigi Ferrajolli em seu trabalho “*Diritto e Ragione*”. Uma postura garantista do magistrado e, em consequência, do sistema ante o fato de ser ele um dos seus operadores.

Esta, penso, é uma das possibilidades mais concretas para a recuperação da magistratura, vez que se colocará ao lado daqueles que efetivamente precisam de justiça, deixando de ser mera reprodutora de um sistema que, no momento, só faz ampliar as desigualdades.

A história está repleta de exemplos em que, mesmo os grandes avanços da sociedade, vieram acompanhados da supressão dos

direitos fundamentais de alguns que resistiram a eles, o que em hipótese alguma justificou ou legitimou a prática inadequada.

Um destes fatos é a releitura que é feita dos atos cometidos por aqueles que implantaram a República no Brasil e decretaram o fim do Império, os quais foram ricos em desrespeito ao direito de ampla defesa e aplicação da pena de morte àqueles que pensavam de forma diversa dos condutores daquele processo político. Passados mais de cem anos, apesar de se observar que inegavelmente a instauração da República e do Federalismo representaram um significativo avanço sob o ponto de vista democrático, em nenhum momento tais atos foram legitimados.

Foram sim “legalizados”, mas não reconhecidos como adequados pelo julgamento que a história – pela distância e sem as paixões de momento – tem agora condições de realizar.

A vingar a máxima de que os fins justificam os meios, pode-se estar legitimando a supressão de direitos fundamentais, podendo-se afirmar sem qualquer receio – e atento ao enfoque aqui tratado que, garantir estes direitos do homem, frente a qualquer maioria de ocasião, será resgatar de modo pleno e atualizado a função reservada ao Estado e, em especial, ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXI, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROSO, José Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoria del derecho**. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres, 1980.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Derecho, política y magistratura**. Buenos Ayres: Biblos, 1996.

CARVALHO, Salo. **Garantismo e Sistema Carcerário: Crítica aos fundamentos e a execução da pena privativa de liberdade no Brasil.** Tese. 2000. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** 2. ed. rev. atual. e ampl. do livro *Atividade Legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Heliana M. de A. **O juiz agente político.** Campinas: Copola, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Aial, 1989.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas.** Madrid, España: Civitas Ediciones, S. L., 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Madrid: Trotta, 1995.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. (org.) **O novo em direito e política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GOMES, Luiz Flávio. **A questão do controle externo do Poder Judiciário Natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HARD, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Portugal, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAIA, Alexandre. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Notas preliminares**. Disponível em www.jus.com.br/doutrina/garantis.html. Acesso em: 27/09/2000.

MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático dei poder judicial en España**. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, T. I, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis/Montesquieu**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins fonts, 1996.

OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Barcelona: Ariel, 1998.

PERELMAN, Chäim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROCHA POMBO, José Francisco da. **Para a História – Notas sobre a invasão Federalista no Estado do Paraná**. Curitiba: Fundação Cultural de Curitiba, 1980.

RODRIGUES, César. **La Decisión Judicial - H.L.A. Hart y Ronald Dworkin**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidade de los Andes, 1997.

ROSANVALON, Pierre. **A crise do estado providência**. Trad. de João Pimentel Ulhôa. Goiânia: UNB, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 3. tir. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.